

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho Penal



TESIS DOCTORAL

Una aproximación al principio de ofensividad como límite de la intervención penal : contribución al estudio del delito en cuanto "hecho ofensivo típico", lesión o peligro concreto de lesión, al bien jurídico penalmente protegido

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Luiz Flavio Gomes

DIRECTOR:

Antonio García-Pablos de Molina

Madrid, 2015



**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL**

TESIS DOCTORAL

**UNA APROXIMACIÓN AL PRINCIPIO DE
OFENSIVIDAD COMO LÍMITE DE LA
INTERVENCIÓN PENAL:**

**Contribución al estudio del delito en cuanto “hecho
ofensivo típico” –lesión o peligro concreto de lesión– al
bien jurídico penalmente protegido**

**DOCTORANDO:
LUIZ FLÁVIO GOMES**

**TESIS DIRIGIDA POR:
DOCTOR DON ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA
PROFESOR CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

MADRID, SEPTIEMBRE/2000



129607425

Al Profesor Doctor

DON ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *renombrado y
emblemático cultivador de las Ciencias Criminales, del cual nos
enorgullecemos por poder considerarnos sus discípulos,
nuestra admiración y respeto por la
reconocida y cualificada producción científica,
consagrada docencia universitaria
y sobre todo humanidad y sensibilidad
que le dignifica y distingue “inter pares”.*

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	10
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

1. Objeto de estudio y método	12
2. Estructura del trabajo	27

Capítulo I

LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COMO PRETEXTO PARA LA INTERVENCIÓN “MÁXIMA” DEL SISTEMA PENAL: LA DISTORSIONANTE HIPERTROFIA DEL “MODERNO” DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PENAL “DEL RIESGO”

1. De la instrumentalización (“perversión”) del concepto de bien jurídico-penal y del Derecho penal	30
2. Derecho penal “del riesgo” (<i>RisikStrafrecht</i>) y anticipación de la tutela penal.....	72
3. Derecho penal clásico <i>versus</i> Derecho penal moderno: una aproximación crítica a las tendencias político-criminales “legitimadoras” de la excesiva intervención penal.....	76
4. Consecuencias del “moderno” e hipertrofiado Derecho penal ..	109
4.1 Un Derecho de operatividad deficitaria y selectiva	110
4.2 De la legítima función “instrumental” a las “disfunciones” promocionales y/o simbólicas.....	113

Capítulo II

DE LA TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO PENAL AL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DE LA MÍNIMA INTERVENCIÓN

1. La perspectiva crítica frente a la intervención penal de tipo excesivo y abusivo.....	131
2. La naturaleza fragmentaria y subsidiaria de la intervención penal.....	148
3. Derecho penal y Estado constitucional de Derecho (= de los derechos fundamentales): el fundamento constitucional de la intervención penal mínima	165
4. Los principales modelos y movimientos político-criminales de la actualidad.....	183
5. Las metas de los movimientos político-criminales	210
6. Breve esbozo de los procesos de despenalización.....	215
7. <i>Excursus</i> : La despenalización de las “infracciones de menor potencial ofensivo” en el Derecho brasileño y la elección del paradigma de la justicia criminal consensuada.....	224
7.1 Desde la Justicia criminal conflictiva hasta la Justicia criminal consensuada (espacio de consenso y espacio de conflicto)	225
7.2 El “modelo consensual” como fuente de inspiración de la Ley 9.099/95	230
7.3 Delimitación legal del “espacio de consenso”: infracciones de menor y de mediano potencial ofensivo.....	233
7.4 Los principios fundamentales del modelo consensual de Justicia criminal	235
7.5 La ruptura con el modelo político-criminal paleorrepresivo.....	252
7.6 Síntesis del “nuevo paradigma” de la Justicia criminal consensuada	253
7.7 Las cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras de la Ley 9.099/95: aplicación inmediata y retroactiva	258

7.8 El presente y el porvenir del modelo consensual brasileño de Justicia criminal y de las penas alternativas	259
---	-----

Capítulo III

EL BIEN JURÍDICO COMO OBJETO DE TUTELA (Y DE LA OFENSA) EN EL DERECHO PENAL

1. La protección de bienes jurídicos entendida como una de las misiones del Derecho penal	266
2. Evolución histórico-conceptual de la noción de bien jurídico... ..	291
2.1 El delito como ofensa a un derecho subjetivo	291
2.2 La formulación de BIRNBAUM	295
2.3 El bien jurídico en la perspectiva “positivista” (un concepto “omnicomprensivo”).....	297
2.4 ¿Cuándo el bien jurídico deja de ser objeto de la tutela penal?	300
2.5 Teorías sociológicas sobre el bien jurídico	303
3. Bien jurídico y Constitución.....	308
3.1 Teorías constitucionalistas	308
3.1.1 ¿Exclusivamente los bienes constitucionalmente relevantes son los que pueden ser objeto de la tutela penal?	311
3.1.2 ¿Pueden ser penalmente tutelados otros bienes, aunque no los contemple literalmente la Constitución?.....	321
3.2 Teorías eclécticas	324
3.3 Síntesis de la discusión.....	326
4. El concepto “crítico” de bien jurídico.....	334
5. De los criterios de (des) legitimación del proceso legislativo en la selección del bien jurídico.....	345
6. La exigencia de concreción del bien jurídico como condición <i>sine qua non</i> del carácter necesariamente ofensivo del delito ...	349

7. El bien jurídico-penal: conceptos fundamentales, distinciones, funciones y tipología	361
7.1 Bien jurídico, su sustrato empírico y objeto material	361
7.2 Bien jurídico y bien jurídico-penal	363
7.3 Concepto político-criminal y dogmático	363
7.4 Funciones del bien jurídico-penal	364
7.5 Bienes individuales y supraindividuales	367
8. ¿Cuándo es legítima la protección penal de los bienes jurídicos desde la perspectiva del principio de ofensividad?	370

Capítulo IV

EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD COMO LÍMITE DEL *IUS PUNIENDI*

1. Justificación del principio de ofensividad (<i>nulla necessitas sine iniuria, nullum crimen sine iniuria</i>)	372
2. De las diversas dimensiones de la función político-criminal del principio de ofensividad	387
3. El principio de ofensividad y sus relaciones con otros principios político-criminales análogos	391
3.1 Ofensividad y legalidad (<i>nulla iniuria sine lex; nulla lex sine iniuria</i>)	393
3.2 Ofensividad y “principio del hecho”	398
3.3 Ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos	400
3.4 Ofensividad, fragmentariedad y subsidiaridad	404
3.5 Ofensividad y necesidad (proporcionalidad)	405
4. La controvertida cuestión de la consagración normativa del principio de ofensividad: perspectivas doctrinal y jurisprudencial	407
5. El modelo de delito como ofensa a un bien jurídico	426
5.1 Concepto formal de delito	426
5.2 Conceptos “materiales”	430

5.2.1	Los conceptos criminológicos.....	430
5.2.2	Los conceptos penales: de la ecuación “delito = pecado” a las concepciones funcionales del delito.....	433
5.3	El delito como ofensa a un bien jurídico y su dimensión constitucional	438
5.4	Consagración normativo-sistemática del delito como ofensa a un bien jurídico	453
5.4.1	Bien jurídico y Partes Especiales de los Códigos punitivos	453
5.4.2	La ofensividad del delito en la terminología de los Códigos Penales.....	455

Capítulo V

DE LOS LÍMITES DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL (= DE LA “*VORFELDKRIMINALISIERUNG*”) SEGÚN LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD

1.	La preeminencia del desvalor del resultado –lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico– en la fundamentación del injusto penal y en la configuración del objeto de referencia de la “ <i>Vorfeldkriminalisierung</i> ”	458
2.	La tentativa idónea, la tentativa inidónea y el delito imposible como “bancos de pruebas” del modelo de delito como ofensa a un bien jurídico (= de la concepción del injusto fundado en el desvalor del resultado).....	480
3.	Incriminación de actos preparatorios y el “peligro de peligro” (= peligro concreto indirecto): delito “obstáculo” (<i>reati ostativi</i>), de preparación (<i>Vorbereitungsdelikte</i>), de “posesión” y de “sospecha”.....	488
4.	De la incompatibilidad entre los delitos de peligro abstracto y el principio de ofensividad	508

5. La protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales y el principio de ofensividad	526
6. ¿Cuándo los delitos de intencionalidad especial trascendente (“dolo específico”), de tentativa –“emprendimiento”– y omisivos propios son compatibles con el principio de ofensividad?	546

Capítulo VI

EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD COMO LÍMITE DEL *IUS POENALE*

1. La función dogmática (interpretativa) del principio de ofensividad	557
2. Sobre la ubicación sistemática de la lesión o peligro de lesión al bien jurídico.....	577
3. Los supuestos de subsunción “formal” de la conducta (a la descripción legal) sin ofensa al bien jurídico protegido	587
4. La no punibilidad del hecho ofensivo socialmente adecuado: Teoría de la adecuación social.....	594
4.1 Origen, delimitación conceptual y límites	594
4.2 Teoría del hecho punible y “referenciabilidad” social	598
4.3 Un importante planteamiento metodológico	600
4.4 Bases normativas de la teoría de la adecuación social	605
4.5 La adecuación social y la negación del desvalor de acción y de resultado	607
5. El hecho de ínfima ofensividad y la controvertida cuestión de su (no) punibilidad	611
5.1 La fundamentación de la no punibilidad del hecho de ínfima ofensividad: una “vexata quaestio”	611
5.2 Otras razones para la no punibilidad del hecho de ínfima ofensividad.....	613

5.3 El criterio interpretativo de la insignificancia: concepto, origen, consecuencias y distinciones	617
5.4 La discutible admisibilidad del criterio interpretativo de la insignificancia penal.....	622
5.5 El reconocimiento del criterio interpretativo de la insignificancia penal en el Derecho comparado y sus implicaciones dogmáticas	630
CONCLUSIONES	650
BIBLIOGRAFÍA	674

ABREVIATURAS

ACP – *Antiguo Código Penal*

ADPCP – *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*

AA.VV. – *Autores varios*

BIMJ – *Boletín de Información del Ministerio de la Justicia*

Boletim IBCCrim – *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*

CB – *Constitución brasileña*

CE – *Constitución española*

CI – *Constitución italiana*

CDPP – *Costituzione, Diritto e Processo Penale*

CPB – *Código Penal brasileño*

CPC – *Cuadernos de Política Criminal*

CPE – *Código Penal español*

CPI – *Código Penal italiano*

EPC – *Estudios Penales y Criminológicos*

FCP – *Fascículos de Ciências Penais*

JTACrSP – *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*

NPC – *Nuevo Código Penal*

NPP – *Nuevo Pensamiento Penal*

PG – *Parte General*

PE – *Parte Especial*

RAP – *Revista de Administración Pública*

RBCCrim – *Revista Brasileira de Ciências Criminais*

RCNPCP – *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*

RDP – *Revista de Direito Penal*

RDPC – *Revista de Derecho Penal y Criminología*

RDPCrim – *Revista de Direito Penal e Criminologia*

RIASP – *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*

RIDPP – *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*

RMF – *Revista del Ministerio Fiscal*

RPCC – *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*

RPCP – *Revista Peruana de Ciencias Penales*

INTRODUCCIÓN

1. Objeto de estudio y método

Los fundamentos, características y consecuencias de un Derecho penal regido en toda su dimensión por el *principio de ofensividad*¹ –y no sólo en virtud de otro clásico principio general de derecho *neminem laedere* sino sobre todo en razón de la consideración de la idea de la ofensividad como eje fundamental del sistema penal, comprendiendo tanto el aspecto

¹ Los otros nombres que se le dan son: “principio de lesividad”, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 464 y ss. y “principio de necesaria lesividad”, cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, Costituzione, Diritto e processo penale*, p. 49 y ss. Un sector de la doctrina utiliza a menudo las dos expresiones indistintamente: así CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 207; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 11; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 1. Nuestra preferencia por la locución “*principio de ofensividad*” se debe a lo siguiente: la ofensa es el género que comporta la lesión o el peligro de lesión como especies. El utilizar la palabra lesividad podría permitir una cierta confusión entre el género y la especie. Sobre referido principio véase especialmente: GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, Poder Judicial* n. 28, 1986, p. 7 y ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 46 y ss. DOLCINI, *Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale, Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 211 y ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale, Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 244 y ss.; MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 311 y ss.; MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 203 y ss. y la bibliografía indicada en los Capítulos IV, V y VI, infra.

político-legislativo como el dogmático-interpretativo y de aplicación de la ley penal—, constituyen el objeto nuclear de la presente investigación.

Una opción como la que acaba de ser anunciada no sólo tiene como primer y destacado significado la elección de un modelo de Derecho penal de característica predominantemente *objetiva* (“*objetivista*”), fundado en al menos dos pilares recíprocamente implicados —la protección de bienes jurídicos² y la correspondiente y necesaria ofensividad—, sino también, y por consiguiente, constituye una seria y garantista alternativa a cualquier otro modelo de Derecho penal pura o primordialmente *subjetivo* (“*subjetivista*”), sea de cuño *represivo o de la voluntad*, sea de índole claramente *preventiva o de la peligrosidad*.³

Una vez que se admita el modelo del Derecho penal de *ofensividad a bienes jurídicos*, por razones de coherencia, otras premisas deben ser asumidas, tanto en lo concerniente al *contenido y a la misión* del Derecho penal —comprendido como instrumento de tutela de bienes que representen los valores esenciales para el desarrollo de la personalidad del individuo—,

² En el marco de nuestra exposición se admite que el concepto de bien jurídico cuenta con una importancia sistemática fundamental. Es así un “concepto límite” de la “lógica jurídica” que tiende a la abstracción (cfr. POLAINO NAVARRETE, *Derecho penal*—PG. *Fundamentos científicos del Derecho penal*, p. 281).

³ Cfr. MANTOVANI, Il principio de offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, *RIDPP*, 1997, p. 313; Idem, Il problema della offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale, *Problemi generali di Diritto penale*, p. 63. El Derecho penal preventivo se caracteriza sobre todo por reconocer el carácter predominantemente imperativo de la norma penal y el ilícito como infracción de ese imperativo, que se materializa a través de la acción y sólo de ella, independientemente de que concurra o no el resultado. Con ello se anticipa la tutela penal al momento de la peligrosidad *ex ante* de la acción, con independencia del resultado: cfr. en ese sentido TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 78 y ss. Contra la concepción subjetiva del delito véase: DOLCINI, Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 211; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, p. 60 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 11 y ss., especialmente p. 79 y ss.

como en relación con la *forma* de tutela de dichos bienes, lo que implica la adopción de una determinada *técnica legislativa* que asegure no sólo una efectiva protección de los bienes valorados positivamente, sino que declare inequívocamente las modalidades del *ataque* penalmente relevante.⁴

Cabe subrayar, desde luego, que con la lógica del Derecho penal del principio de ofensividad entra en contradicción la concepción del delito como violación de un deber o infracción de mera desobediencia⁵ bien como algunas formas (ilegítimas) de anticipación de la tutela penal (el castigo de determinados actos preparatorios, el peligro abstracto etc.).⁶

Ahora bien, las contradicciones existentes en el sistema no pueden ser entendidas en un sentido radical. Los principios (*Prinzipien, principles*), a diferencia de lo que ocurre con las reglas (*Regels, rules*), constituyen normas abstractas y son, por naturaleza, vagos e indeterminados; asumen una posición jerárquica distinta y fundamentadora de las reglas y se convierten en *standards* jurídicos vinculantes, fundados en “exigencias de justicia” (*Dworkin*) o en la “idea de derecho” (*Larenz*).⁷

De ello se deduce que actúan en sentido amplio y no dejan de tener eficacia por el hecho de que no estén contemplados de modo expreso en las reglas

⁴ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 117 y ss.

⁵ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 203. Véase aún: VALENTI, *Principi di materialità e offensività, Introduzione al sistema penale*, AA. VV., p. 242.

⁶ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 11 y ss.

⁷ Cfr. CANOTILHO (J. J. Gomes), *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.034.

jurídicas vigentes.⁸ Además, los principios no se rigen por la lógica del “todo o nada” y por eso se les define como “*Optimierungsgebote*”, o sea, normas susceptibles de un indefinido proceso de optimización y perfeccionamiento.

Si bien es cierto que el principio de ofensividad en su máxima expresión *garantista y material (únicamente el hecho ofensivo –lesivo o concretamente peligroso– a un bien jurídico importante puede ser objeto de criminalización y de sanción penal)* hasta el momento no ha encontrado resonancia en todas las incriminaciones existentes en el sistema jurídico y tampoco ha sido reconocido en los modernos y democráticos ordenamientos explícitamente con rango constitucional, no lo es menos que como principio de garantía, con claro sentido político y limitador, cuenta con fuerza de un “punto de ruptura” del “*circulus vitiosus*” de la hermenéutica, porque un sistema únicamente está legitimado a ‘sacrificar’ la libertad cuando incrimina hechos significativamente ofensivos a bienes jurídicos de relevancia (personal) indiscutible.⁹

Concebir el Derecho penal como un adecuado instrumento de tutela de los bienes jurídicos de mayor relevancia para la persona y, por otra parte, entender que su intervención sólo se justifica cuando ese mismo bien jurídico se convierte en objeto de una ofensa *intolerable* implica, sin duda, repudiar los sistemas penales autoritarios o totalitarios, de tipo opresivo o

⁸ Cfr. DONINI, L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, *Critica del Diritto*, 1998, p. 133 (nota 5).

⁹ Cfr. DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, p. 45; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, *Scritti di Diritto penale*, 1997, *passim*.

policial,¹⁰ fundados en apriorismos ideológicos o políticos, siempre radicales, como los que ya históricamente han victimado tantos inocentes.¹¹ Significa además privilegiar un sistema penal de cuño *personalista*, que viene de la tradición iluminista,¹² centrado especialmente en las libertades

¹⁰ La noción del Estado de policía desde su origen está fundada en las ideas de despotismo y arbitrariedad del Príncipe: cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 16: "Comme l'Etat de Droit, et à la différence du gouvernement despotique ou arbitraire, l'Etat de police accorde une large place au droit: mais celui-ci est un droit purement instrumental, sur lequel l'administration dispose d'une totale maîtrise, sans être tenue au respect de normes supérieures qui s'imposeraient à elle; servant à imposer des obligations aux administrés, sans être en retour source de contrainte pour l'administration, il est l'expression et le condensé de la toute puissance administrative. Comme l'indique Carré de Malberg, «l'Etat de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se propose» (p. 488). L'Etat de police est donc fondé sur le bon plaisir du Prince: il n'y a, ni véritable limite juridique à l'action du pouvoir, ni réelle protection des citoyens contre le pouvoir".

¹¹ Sobre las corrientes autoritarias y totalitarias en Derecho penal, que comprenden el fascismo y el integrista, cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 26-35 y 97 y ss. El Derecho penal, así, ni debe ser un instrumento de intervención radical, ni tampoco está con sus días contados: "Dada la trascendental función que desempeña asegurando la convivencia humana, disfrutará de larga vida. Ahora bien, este Derecho penal —el que hoy padecemos— experimentará una sensible evolución de acuerdo con una inexorable tendencia histórica que reclama su progresiva racionalización y limitación" (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 55). La idea misma del Estado de Derecho fue concebida para la defensa del individuo frente a la arbitrariedad de las autoridades: cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 17: "Ainsi, conçu «dans l'intérêt des citoyens», l'Etat de Droit a pour but «de les prémunir et de les défendre contre l'arbitraire des autorités étatiques»".

¹² Cfr. *Infra*, Cap. I, n. 3 y Cap. III, n. 2.1. En el pensamiento filosófico y político de la Ilustración tiene relieve el principio de prioridad del individuo frente al Estado, la proclamación de derechos naturales que pertenecen al individuo y que al Estado cabe reconocer formalmente y proteger. La nueva política criminal se fundamenta, en primer lugar, en el contractualismo de ROUSSEAU, que justifica el *ius puniendi* en el "contrato social", es decir, los ciudadanos delegan al Estado el derecho al castigo para la defensa de la libertad y de los derechos individuales (cfr. CARVALHO, Américo A. Taipa, *Condicionabilidade sócio-cultural do direito penal*, p. 49). El fundamento de la intervención penal reside, según BECCARIA, en la 'necesidad' de la vida humana asociada, la misma 'que constriñó a los hombres a ceder parte de la propia libertad' para constituir la comunidad de hombres libres fundada en el pacto social. La pena es el precio necesario para impedir daños mayores y sólo en ello encuentra su justificación. Por ello el castigo no deberá ser un homenaje gratuito a la ética, religión o al sentimiento de venganza, sino 'una amarga necesidad' (cfr. ASÚA BATARRITA, Reivindicación o superación del programa de Beccaria, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, p. 20). "Porque el uso de las leyes, las cuales no son otra cosa que reglas autorizadas —escribe HOBBS—, no tiene como finalidad impedir al pueblo que realice acciones voluntarias, sino dirigir y controlar éstas de tal manera que los súbditos no se dañen mutuamente... Por tanto, una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena" (cfr. FERRAJOLI,

individuales y en el principio moral del respeto a la persona humana,¹³ y que sea expresión de un modelo de Estado democrático y constitucional de derecho y de los derechos fundamentales, en cuanto instrumento al servicio de la persona humana y no a la inversa.¹⁴

La pena –según las tesis que comparten Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham, Carmignani etc.– “debe ser ‘necesaria’ y ‘la mínima de las posibles’ respecto al fin de la prevención de nuevos delitos”.¹⁵

El Derecho penal de ofensa al bien jurídico, por ello, más allá de no compaginarse con cualquier tipo de utilitarismo estatal tendente a hacer de la persona un medio para alcanzar sus fines, es una opción que asume la

Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, p. 465). Dos siglos después de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 5.º: ‘La ley no puede prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad’) es sorprendente que todavía hoy una parte de la doctrina penalista no esté de acuerdo en que la libertad sólo puede ser sacrificada cuando un bien jurídico relevante haya sido al menos puesto concretamente en peligro: así CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, *Costituzione, Diritto e processo penale*, AA. VV., p. 154. La afirmación de que la pena debe ser ‘necesaria’ y ‘la mínima posible’ fue recibida por las primeras cartas constitucionales como freno a las penas inútilmente excesivas. Ya el art. 9.º de la Declaración de Virginia de 1776 había sancionado la prohibición de infligir ‘castigos crueles o inusitados’.

¹³ El principio moral del respeto a la persona humana fue defendido por BECCARIA y KANT “con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente también el condenado, no debe ser tratado nunca como un ‘medio’ o ‘cosa’, sino siempre como ‘fin’ o ‘persona’ (...) Esto quiere decir que más allá de cualquier argumento utilitario el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es éste el valor sobre el que se funda, irreductiblemente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas. Debo añadir que este argumento tiene un carácter político, además de moral: sirve para fundar la legitimidad del estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y los restantes derechos fundamentales; de suerte que, conforme a ello, un estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde cualquier legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes” (así FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 395-396).

¹⁴ Sobre la concepción personal del bien jurídico cfr. BUTELER, *Garantías y bien jurídico*, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA. VV., 1998, p. 411 y especialmente HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 275-285.

¹⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 394.

idea de servir de instrumento de la libertad, no mero límite a la libertad, conforme al clásico modelo liberal¹⁶ y según una triple dirección: (a) centrado en la persona humana, como fin primero y último del sistema penal; (b) reconocimiento de bienes jurídicos individuales o personales y supraindividuales (públicos/generales y difusos/bienes – medios/colectivos), en consonancia con la doble dimensión individual y social de la persona; (c) prioridad sistemática para los delitos que configuran un ataque a la persona.¹⁷

Un sistema penal concebido en los términos expuestos, por otra parte, “representa el modelo en el cual debería inspirarse el Derecho penal de un ordenamiento liberal y democrático moderno:¹⁸ orientado a sus consecuencias prácticas, un Derecho penal que busca la eficacia, que no abandona la retribución pero es esencialmente [equilibradamente] preventivo, que sostiene cuanto promete y se inclina por lo tanto a la autolimitación, reservándose exclusivamente para hechos externos, susceptibles de una actividad probatoria en sede procesal, socialmente y relevantemente dañosos; un Derecho penal no elaborado según el arbitrio

¹⁶ Sobre el Estado-sociedad liberal véase DELMAS MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 57 y ss.

¹⁷ Cfr. MANTOVANI, Il principio de offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, *RIDPP*, 1997, p. 314-315.

¹⁸ Cfr. HASSEMER, Perspectivas del Derecho penal futuro, *Revista Penal*, 1998, p. 40, que añade: “Un Derecho penal conforme con el Estado de Derecho no es ningún castillo al que sea preciso defender, sino un modelo de conducta (*Handlungskonzept*) teórico-práctico del control formal sobre los comportamientos desviados, que continuamente se debe renovar teóricamente, incorporando aquellas circunstancias generales y político-jurídicas que cambian socialmente. No se demanda la defensa, sino el ataque”.



del legislador, sino que apunta a la tutela de bienes auténticos, presentes en la sociedad, ‘preexistentes’ al mismo legislador”.¹⁹

Como corolario lógico de la opción fundada en la materialidad ofensiva del delito y de la garantía que representa la legalidad en materia penal resulta la concepción del delito como un “hecho ofensivo típico”, con una doble implicación: (a) *técnico-legislativa*, porque el legislador estaría obligado no sólo a elegir siempre con claridad el bien jurídico, sino también a construir los supuestos de hecho en términos de necesaria ofensividad al bien jurídico protegido; (b) *sustancial*, en el sentido de que tanto el bien jurídico como su correlativa ofensa no constituyen datos externos de la norma penal, sino requisitos internos del delito, al lado de los demás datos estructurales del supuesto de hecho.²⁰

Para una aproximación al estudio de la ofensividad en Derecho penal se han tomado especialmente en cuenta las normas jurídico-penales que permiten su reconocimiento como “principio de garantía”. Atención primordial han merecido las normas constitucionales y los planteamientos doctrinales y jurisprudenciales que ya admiten (aunque no en toda la dimensión deseable) el modelo del “hecho ofensivo típico” como límite de la intervención penal.

Como premisa básica, es admitida la idea de que el fundamento normativo principal sobre el cual descansa tanto la concepción de un Derecho penal

¹⁹ Cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, v. I, p. 10.

²⁰ Véase MANTOVANI, *Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale*, RIDPP, 1997, p. 316.

de los bienes jurídicos como el modelo de delito necesariamente ofensivo a tales bienes está en el constitucionalismo moderno.

De la lectura constitucional del Derecho penal y del delito, que será obligatoria en la medida en que la sanción penal incide justamente sobre bienes fundamentales de la persona (libertad, salud individual etc.), deriva un sistema de principios constitucionales con capacidad orientadora “externa”²¹ y suficiente no sólo para delinear un programa liberal de reforma del ‘viejo’ Derecho penal, sino también para representar un punto de referencia para la interpretación y (re) construcción del derecho vigente (excesivamente intervencionista y preventivo).

Ahora están reconocidos en nivel normativo privilegiado no sólo los clásicos principios liberales (legalidad, taxatividad, irretroactividad, culpabilidad), sino también otros nuevos [aunque de modo implícito], como es el caso del principio de necesaria ofensividad del bien jurídico-penal.²²

La concepción del delito como una conducta necesariamente ofensiva se funda, además, también en la preocupación de determinar los límites racionales dentro de los cuales puede el legislador legítimamente *anticipar la tutela penal*, que por naturaleza debe ser concebida como fragmentaria y subsidiaria. Particularmente problemáticos son los delitos de peligro, los

²¹ Con relación a la necesidad de que los límites que se impongan al Derecho penal han de ser ajenos a la función y los supuestos fines del mismo cfr. DE LA CUESTA AGUADO, Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *RDPC*, 1996, p. 153, que enfatiza: “Pero, para que tales límites sean efectivos han de ser externos al Derecho penal”.

²² Cfr. MAZZACUVA, Diritto penale e Costituzione, *Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 75-76. Sobre el vínculo entre Derecho penal y Constitución cfr. PALAZZO, *Valores constitucionais e direito penal: um estudo comparado*, p. 13 y ss. Precisamente con relación a la consagración normativa del principio de ofensividad existe, sin embargo, una enorme polémica (cfr. infra, Cap. IV, n. 4).

cuales el legislador, bajo diferentes técnicas legislativas, viene utilizando ampliamente, originando graves problemas de justificación o legitimación²³.

De ahí la necesidad de que sean establecidas no sólo las adecuadas indicaciones que permitan al legislador seleccionar legítimamente el bien objeto de la tutela penal, sino sobre todo los límites adecuados de la protección penal.²⁴

Si la dialéctica constante del actual Derecho penal reside entre las tendencias expansivas y restrictivas, definir los límites del legítimo Derecho penal es una cuestión apriorística y fundamental. El adelantamiento exagerado de la intervención punitiva con respecto a lo que tradicionalmente se considera el “núcleo” del Derecho penal no sólo suscita conflictos con clásicos principios (intervención mínima, ofensividad, culpabilidad etc.), sino especialmente problemas de legitimación. En la doctrina alemana se ha acuñado el término “*Vorfeldkriminalisierung*” (criminalización en el ámbito previo) para referirse a este fenómeno.²⁵

²³ La política criminal moderna, como afirma HASSEMER (Perspectivas del Derecho penal futuro, *Revista Penal*, 1998, p. 37), “se aparta de las formas de tipificación de conductas y determinación de bienes jurídicos propias del Derecho penal tradicional. Su forma delictiva característica es el delito de peligro abstracto y el bien jurídico universal vagamente configurado... las reformas se centran en la Parte Especial y no comportan la disminución del peso ni el repliegue del Derecho penal. Todo lo contrario, agravan las prescripciones y amenazas penales existentes, prologando el Derecho penal a otros espacios, que de este modo se extiende simultáneamente a los ámbitos tradicionales y a otros nuevos... en el Derecho procesal penal las modernas orientaciones tienden al endurecimiento y desformalización de los instrumentos tradicionales”.

²⁴ Cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 2-3.

²⁵ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 12. En cuanto a los límites de la anticipación de la tutela penal cfr. infra, especialmente Cap. V.

Contemplado el sistema jurídico-penal vigente bajo la óptica del Derecho penal de la ofensividad, parece no haber duda de que necesitamos poner en acción un amplio proceso de revisión no sólo de las normas que modulan el *ius positum* sino también de las orientaciones doctrinales y político-criminales que directa o indirectamente legitiman la excesiva ampliación del sistema punitivo.

Las concepciones subjetivistas del injusto (puras o preponderantemente) son las que básicamente han permitido la utilización frecuente de la técnica del peligro abstracto, que se inscribe en la línea de preferencia del denominado “Derecho penal del riesgo” (*Risikostrafrecht*).²⁶ Deben también ser considerados “los impulsos favorables a la criminalización en el ámbito previo procedentes de las teorías funcionalistas del Derecho penal, que a partir de una comprensión preventivo-general de la pena abogan por un Derecho penal orientado decididamente en sentido preventivo y, con frecuencia, cumpliendo funciones más simbólicas que reales”.²⁷

Una ulterior y sumamente relevante razón para estudiarse el principio de ofensividad consiste en la constatación de su tendencial abandono, incluso en el ámbito de los sistemas penales latinoamericanos.²⁸

²⁶ Cfr. infra. Cap. I, n. 3.

²⁷ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 13.

²⁸ Cfr. VITALE, Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA. VV., 1998, p. 87 y ss. que subraya el abuso legislativo que se da en Argentina (y otros países de su entorno) en los delitos de mera desobediencia, punición de la tenencia de estupefacientes para uso personal, en algunos delitos contra la libertad sexual, penalización de modos de vida por vía penal contravencional, delitos de peligro abstracto, punición del delito imposible y de la tentativa inidónea etc.

Sin embargo, pese a las *discrasias* del sistema, el principio de ofensividad cuenta con una importancia capital precisamente porque representa, *a latere* de tantos otros límites formales y materiales, uno de los conceptos más esenciales de demarcación del ámbito de lo punible.

El trabajo partirá, en consecuencia, de la siguiente *premisa central*: *no hay delito sin ofensa –lesión o peligro de lesión– a un bien jurídico*. Y si se considera que el bien jurídico integra la tipicidad, pasa el delito a ser concebido como “hecho ofensivo típico”.²⁹ Nuestro objetivo, por consiguiente, consiste en verificar si el axioma *nullum crimen sine iniuria* – que cuenta con una inequívoca inspiración liberal y que *hic et nunc* es admitido como una verdadera hipótesis de trabajo– encuentra resonancia constitucional y legal en los modernos modelos de Estado, que se caracterizan por ser constitucionales y democráticos de derecho, y asimismo en los Códigos Penales.

Ello significará obviamente analizar los diversos conceptos de delito, para después concluir si la premisa de la cual partimos es válida y aceptable. Desde una perspectiva apriorística se podría decir que la consideración del delito como ofensa a un bien jurídico parece identificarse no solo con toda tradición liberal sino también con las modernas constituciones.³⁰

²⁹ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale–PG.*, p. 204 y ss.

³⁰ Que son las que democráticamente fundamentan y legitiman todo el orden estatal, incluso el penal, porque la Constitución es la que contiene, como norma fundamental, las fórmulas sustanciales del Estado integrador (fórmulas éticas originadas en las convicciones morales comunes de la colectividad, expresadas jurídico-positivamente en torno al consenso sociopolítico general): cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 129.

El principio de ofensividad, por otro lado, será estudiado como *criterio limitador* de la *intervención penal*,³¹ considerada esta en sus dos dimensiones: *subjetiva* y *objetiva*. En sentido subjetivo, dicen von Liszt/Schmidt,³² “Derecho penal significa el derecho a castigar (*ius puniendi*), esto es, el derecho de amenazar con penas, así como, en el caso particular, a imponerlo y ejecutarlo”,³³ en sentido objetivo el *ius poenale* constituye el conjunto de reglas y principios que definen el delito y sus consecuencias jurídicas. A la ciencia del Derecho penal interesan los dos, es decir, no sólo interpretar y sistematizar las normas, sino también analizar y debatir la “potestad” estatal, sus límites, sus presupuestos, su legitimación.³⁴

³¹ Dos factores confieren especial relevancia al estudio de los límites del *ius puniendi*: (a) los drásticos efectos de la intervención (su impacto destructivo e irreversible y los elevadísimos costes sociales de la “cirugía penal”); (b) la vocación intervencionista del Estado “social” (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 230).

³² Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, t. 1, *Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26. ed., 1932, p. 1, nota 1, citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 22.

³³ Deben separarse con nitidez los dos momentos del *ius puniendi*: el del establecimiento de la ley penal (“derecho de amenazar con penas”), y el de la pretensión punitiva que de ella deriva (“derecho de imponerlas y ejecutarlas”). Para nuestro trabajo interesa sobre todo el primer momento que, como dice POLAINO NAVARRETE (*Derecho penal-PG. Fundamentos científicos del Derecho penal*, p. 47-48), “constituye una función legislativa que descansa en el ‘ius imperium’ del Estado, representando una emanación de la soberanía, cuyo examen corresponde al Derecho político y cuya existencia deriva acaso de imperativos del Derecho natural, pues si al Estado incumbe la garantía de los bienes y valores relevantes en la vida social, se le han de reconocer los medios jurídicos idóneos para el cumplimiento de esta misión tutelar, sin la cual el Ordenamiento jurídico-penal positivo quedaría falto de legitimidad”.

³⁴ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 214. El poder del Estado no es ilimitado: “su ejercicio ha de respetar, al menos, las garantías básicas reconocidas al ciudadano. En este sentido el poder punitivo del Estado se somete a una serie de limitaciones derivadas de su propia función, de su definición como Estado democrático y de Derecho, del poder concreto del sujeto destinatario de la norma o de instancias legales superiores a la ley penal” (cfr. MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español-PG*, p. 56).

Uno de los efectos benéficos del estudio del Derecho penal subjetivo es justamente poner de manifiesto los límites derivados de los principios de Política criminal y los del Estado de Derecho. En lo concerniente al Estado de Derecho, podemos destacar dos clases de vinculaciones: (a) la derivada de la legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) y (b) la incompatibilidad con los principios de un Estado de Derecho de abusar del Derecho penal subjetivo y establecer penas desproporcionadas al injusto cometido para alcanzar fines políticos o de otra índole.³⁵

En cuanto a las restricciones de carácter político-criminal, que son las que permiten justificar no sólo externamente el Derecho penal sino también la legitimación de cada una de las concretas prohibiciones, importa no olvidar la imposibilidad de guiarse por criterios positivos y absolutos de justificación. En el plano ético-político sólo es posible la formulación de “criterios negativos”, en forma de garantías, que si no autorizan una evaluación en sentido positivo del delito y de la pena, al menos funcionan como “criterios de deslegitimación”.³⁶

Es cierto que en este trabajo el centro de atención será ocupado por el *principio de ofensividad*, pero, en virtud de sus recíprocas relaciones, conexiones e implicaciones, no hay duda que en todo momento tendremos necesidad de hacer incursiones en la *teoría del bien jurídico*, que es su punto de referencia (su concepto correlativo).

³⁵ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 27-28.

³⁶ En ese sentido, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 463.

De modo muy particular, considerando que nuestro estudio tiene como punto de partida un determinado “modelo” de delito (*el delito como “hecho ofensivo típico” a un bien jurídico*), porque se admite como el más adecuado desde las perspectivas políticas (legitimación externa) y normativas (consagración interna, aunque implícita), será preciso abordar la intrincada cuestión político-criminal del bien jurídico (cfr. *infra*, Cap. III) y, antes, el anómalo y distorsionante problema de su *instrumentalización*, incluso porque, como afirman con absoluta propiedad Marinucci/Dolcini,³⁷ “un Derecho penal del bien jurídico puede ser liberal en el plano de la estructura del delito, pero no liberal en su contenido”.

No se trata evidentemente de un trabajo con pretensiones revolucionarias. Como advierte Vives Antón,³⁸ “el porvenir de la dogmática no reside en ninguna clase de perfeccionamiento ‘científico’, sino en aquella forma de perfeccionamiento que sirva para realizar más y mejor la función de Carta Magna que von Liszt atribuyera al Derecho penal”.

También se ha tenido en la debida cuenta la siguiente ponderación de Silva Sánchez:³⁹ “el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado. Esta reducción tiene lugar por dos vías: sobre la base del principio utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantizadores individuales”. La ofensividad, desde planteamientos liberales, se inscribe precisamente como

³⁷ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, p. 378.

³⁸ Cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 488.

³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 211.

un principio garantizador individual y tiene la pretensión de “reducir la violencia punitiva del Estado”.

Bajo esas premisas será estudiado el referido principio, pero sin olvidar que se trata de un “principio”, es decir, de “norma jurídica impositiva de una *optimización*”.⁴⁰ Pese a su naturaleza de *condicio sine qua non* de la coherencia y legitimación “de todo el paradigma penal post-iluminista”, la verdad es que el principio de ofensividad no ha merecido hasta ahora una completa atención del legislador y muchas veces tampoco del intérprete y el juez. El camino para alcanzar su pleno reconocimiento normativo y su eficacia en la *praxis* ciertamente no está libre de complicaciones, pero parece digno de ser recorrido.⁴¹

2. Estructura del trabajo

Seis Capítulos configuran la estructura fundamental del trabajo. Además se añade una Introducción y un apartado final que recoge las conclusiones (más relevantes) de la investigación. En la *Introducción*, más allá de las consideraciones generales respecto al objeto de estudio, método y estructura del trabajo, se hace referencia a la oportunidad de estudiar el modelo de delito como una ofensa a un bien jurídico, lo que significa concebir el Derecho penal como instrumento de *ultima ratio*.

⁴⁰ Cfr. CANOTILHO (J. J. Gomes), *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.035.

⁴¹ Cfr. DONINI, L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, *Critica del Diritto*, 1998, p. 132.

El Capítulo I tiene como objeto de referencia la (indebida) protección que el “moderno” Derecho penal está otorgando a los “bienes jurídicos”. El moderno Derecho penal, es decir, de la “sociedad de riesgos”, como se verá, se caracteriza por una excesiva y anticipada intervención “penal”, que utiliza como pretexto la “necesidad” de tutelar bienes jurídicos cada vez más universales y no determinados, anticipándose la barrera de protección. De la perspectiva crítica de la hipertrofia del sistema penal, que sirve de instrumento para la concretización de las tendencias político-criminales intervencionistas y preventivas, se pasa, en el Capítulo II, a la consideración opuesta de una tendencia político-criminal de mínima intervención, analizándose los modelos y movimientos políticos-criminales bien como los procesos de despenalización, siempre desde la perspectiva fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal. Al final del Capítulo II se añade un “*excursus*” sobre la despenalización brasileña de las infracciones de menor potencialidad ofensiva.

En el Capítulo III la atención ha sido dirigida al bien jurídico como objeto de tutela (y de la ofensa) en Derecho penal. Bien jurídico y ofensividad son conceptos correlativos. Por ello todo el primer Capítulo está orientado a la evolución conceptual de la noción de bien jurídico, partiendo de la premisa de que la misión del Derecho penal es la de exclusiva protección de bienes jurídicos. En el centro del debate sobre el actual concepto de bien jurídico-penal están las llamadas teorías constitucionales (o constitucionalistas). Aunque la Constitución no pueda ofrecer un catálogo “cerrado” de bienes jurídicos, se analizó su relevancia capital para la construcción de la noción del bien jurídico-penal, que debe estar de acuerdo al menos con sus fundamentos axiológicos. Del debate se extrae unos criterios de (des) legitimación del proceso legislativo de selección del bien jurídico.

En el Capítulo IV, después de reconocida la necesidad de estructurar garantías formales y materiales que limiten el poder estatal de castigar, se consideró más detalladamente el principio de ofensividad como un límite más del *ius puniendi*. En primer lugar nos hemos ocupado de la relevancia del referido principio según la perspectiva político-criminal, con la pretensión de que constituya el centro de referencia de la actividad criminalizadora, teniendo en consideración el axioma *nulla lex sine iniuria*.

En el Cap. V, especial consideración ha merecido el tema de la anticipación de la tutela penal, que ha sido destacada como uno de los rasgos que definen el Derecho penal “moderno” (“del riesgo”). Partiéndose de la premisa de que el desvalor de resultado es preeminente en la constitución del injusto penal, fueron analizadas diversas categorías penales (tentativa, tentativa inidónea, actos preparatorios, el peligro, bienes supraindividuales etc.) con la preocupación de verificar su legitimación según la perspectiva del principio de ofensividad.

En el último Capítulo (VI) viene la análisis de la función interpretativa y aplicativa del *nullum crimen sine iniuria*, que sirve en la actualidad de valioso instrumento para la exacta comprensión y aplicación de los tipos penales.

Un apartado final contempla las conclusiones más fundamentales de la investigación.

Capítulo I

LA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS COMO PRETEXTO PARA LA INTERVENCIÓN “MÁXIMA” DEL SISTEMA PENAL: LA DISTORSIONANTE HIPERTROFIA DEL “MODERNO” DERECHO PENAL Y DEL DERECHO PENAL “DEL RIESGO”

SUMARIO: 1. De la instrumentalización (“perversión”) del concepto de bien jurídico-penal y del Derecho penal – 2. Derecho penal “del riesgo” (*Risikostrafrecht*) y anticipación de la tutela penal – 3. Derecho penal clásico *versus* Derecho penal moderno: una aproximación crítica a las tendencias político-criminales “legitimadoras” de la excesiva intervención penal – 4. Consecuencias del “moderno” e hipertrofiado Derecho penal: 4.1 Un Derecho de operatividad deficitaria y selectiva; 4.2 De la legítima función “instrumental” a las “disfunciones” promocionales y/o simbólicas.

1. De la instrumentalización (“perversión”) del concepto de bien jurídico-penal y del Derecho penal

a) Una aproximación a las finalidades legítimas del Derecho penal

El pensamiento doctrinal mayoritario¹ defiende la idea de que el Derecho penal tiene la “misión” o “función” de proteger algunos valores fundamentales para mantener el orden social.² El Derecho penal cumpliría esa misión mediante la tutela de bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la personalidad humana. Otro sector de la doctrina entiende que lo correcto no sería hablar de una sola misión o “fin”, sino de “fines” del Derecho penal.³ En dicho sentido se inclina, por ejemplo, Silva Sánchez, para quien “el fin legitimante del Derecho penal no es, pues, uno sólo, sino varios”.⁴

Si por un lado, y en esto estamos plenamente de acuerdo con el citado autor, no se puede negar que una de las finalidades legítimas del Derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos de los individuos o de la colectividad, por otro, tampoco puede rechazarse que esa protección es de importancia fundamental tanto frente a las agresiones de otros individuos como frente a la propia intervención penal del Estado, que tampoco deja de

¹ Cfr. *infra*, Cap. III, n. 1.

² Esa es la doctrina dominante: véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 40, que indica J. BAUMANN como referencia general en el tema.

³ Para un sector de la doctrina la norma (y el Derecho) penal también cumpliría una función “motivadora”: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, p. 142; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 47. Es criticada, sin embargo, la función “motivadora” de la norma o del tipo penal, que ya cuenta con dos funciones básicas: de valoración y de determinación. Cfr. *infra*, Cap. IV, n. 1 y en cuanto a las críticas a la función motivadora de la norma penal véase especialmente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 207 y ss.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 180. En el mismo sentido: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal. Parte general. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal*, p. 8. Debe haber equilibrio entre la protección de la sociedad y la protección del individuo (así QUINTERO OLIVARES, *Represión penal y Estado de Derecho*, p. 84 y ss.).

ser una forma de agresión, es decir, de violencia,⁵ a pesar de que históricamente siempre se ha buscado su racionalización.⁶

De hecho, el Derecho penal tiene la pretensión de proteger las personas de la violencia, pero a su vez no puede olvidarse que también es una forma de violencia. Tener siempre presente ese doble aspecto del fenómeno jurídico-penal es fundamental, aunque con la consecuencia de concebirlo como un sistema normativo cargado de tensiones, lo que es prácticamente inevitable, porque está estructurado con base en conflictos que frecuentemente no son de fácil ecuación. Con ello podríamos decir: tan relevante como admitir que el Derecho penal tiene la misión de proteger (los bienes jurídicos de) las personas es, por otra parte, concebir que esta persona debe ser protegida incluso frente al propio Derecho penal (es decir, frente al poder estatal que cuenta con la posibilidad de crearlo, aplicarlo y ejecutarlo).⁷

Es cierto que ya los clásicos comprendían así el Derecho penal. Carrara⁸ afirmaba: “la ley tiene por misión frenar las aberraciones de la autoridad

⁵ La violencia, según MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 18, “es consubstancial a todo sistema de control social. Lo que diferencia al Derecho penal de otras instituciones de control social es simplemente la formalización del control, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del coyunturalismo y de la subjetividad propios de otros sistemas de control social”.

⁶ La Historia del Derecho Penal no es la de su desaparición, sino la de su progresiva racionalización y sometimiento a límites (cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 38). La idea de renunciarse a la pena (FERRI) o encontrar algo mejor que el Derecho penal (RADBRUCH) no es nueva. No obstante, cierto es que el Derecho penal tiene futuro (así ROXIN, *Ha un futuro il Diritto penale?*, *Critica del Diritto*, 1998, p. 230 y ss., y especialmente p. 245). Las tasas de criminalidad ciertamente aumentarán, pero las penas serán menos severas; una tendencia clara consiste en las sanciones de adhesión voluntaria del autor del hecho (cfr. ROXIN, *Ha un futuro il Diritto penale?*, *Critica del Diritto*, 1998, p. 239 y ss.).

⁷ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal-PG*, p. 18, que señala: “El Derecho penal pretende defender eficazmente a la sociedad contra el crimen, pero todo ello en un marco de justicia, es decir, considerando al delincuente, al peligroso y al sospechoso de serlo como un ciudadano con derechos y deberes, titular de dignidad como ser humano, cuyo castigo ha de sujetarse a determinados requisitos contenidos generalmente en normas de rango constitucional”.

⁸ CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*, p. 26-36.

social en la prohibición, represión y en el proceso; debe mantenerse en la vía de la justicia y no degenerar en tiranía; la ciencia criminal tiene por misión moderar los abusos de la autoridad en el ejercicio del poder de castigar (...) [y puede ser una] fuente perenne de desorden e iniquidad cuando sirve al capricho y a la pasión del legislador”.

Las dos *finalidades legítimas* del Derecho penal, en consecuencia, para nosotros, son: 1.^a) la protección subsidiaria y fragmentaria de bienes jurídicos;⁹ 2.^a) la construcción de un sistema normativo dotado de garantías que le concedan racionalidad.¹⁰ De ahí la conclusión de que la fuente primaria de su legitimación no reside necesariamente en las votaciones de las mayorías, sino en la construcción de un sistema que, además de proteger la sociedad, a través de la tutela de los valores e intereses fundamentales del hombre, cuente con las garantías indispensables del Estado Democrático de Derecho (cfr. CE art. 1.1; CB, art. 1.º), fundado en valores (dignidad, libertad, justicia y tantos otros).¹¹

⁹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 65.

¹⁰ Con relación a los axiomas básicos del garantismo penal cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 93 y ss. Véase aún SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 182 (nota 8) que subraya: “El Derecho penal debe proteger los bienes jurídicos de los individuos tanto frente a las intervenciones agresivas de otros individuos como frente a la propia intervención punitiva del Estado. Este doble aspecto constituye la fuente principal de las tensiones y conflictos estructurales en que se mueve”. Sobre los fines del Derecho penal cfr. también FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 332: “además del máximo bienestar posible de los no desviados, también el mínimo malestar necesario de los desviados”.

¹¹ El principio del Estado de Derecho está en las raíces de la construcción de todo ordenamiento jurídico (véase CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 237 y ss.). De él se derivan otros diversos principios, destacándose el de legalidad y el de vinculación estrecha de juez penal al contenido de la ley (cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, *La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal*, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.564). Sobre los valores constitucionales cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 61 y ss.

Es la concepción *dialéctica* del Derecho penal que puede explicar su sentido y justificar su valor como instrumento de control social.¹² Y ésta concepción dialéctica revela que el Derecho penal, más allá de ser un Derecho de “penas”, ante todo es “derecho”. Es poder punitivo, sancionador, es castigo, pero también derecho (y un derecho del Estado de Derecho). Es “*ius puniendi*”, pero también “*ius poenale*”. Es Derecho penal subjetivo y también objetivo. El poder punitivo del Estado siempre se encuentra con el contrapoder del Derecho penal del Estado de Derecho.¹³

Por todo ello, si pretende ser un conjunto legítimo de reglas, al lado de las normas de prohibición o de mandamiento (primarias) y de sanción (secundarias), que son expresiones del *ius puniendi*, también debe disponer de normas de garantías que representen el *ius poenale*. Si el *ius puniendi* tiene por objeto la protección de bienes jurídicos, para dar seguridad a los individuos y a la sociedad, el *ius poenale* debe estar estructurado para minimizar la violencia, para eliminar la arbitrariedad.

¹² Sobre la concepción del Derecho penal como instrumento de control social cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 31 y ss. La presencia del Derecho penal como mecanismo sancionador del Estado tiene significativas ventajas: un efecto disuasorio que impide la aparición de ‘agresiones’, un efecto de prevención general y de impedir que los ciudadanos afectados por el delito se sientan compelidos a tomarse la justicia por su mano (véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 181).

¹³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 190 y ss. Naturalmente, señala HERZOG (Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 47), “una de las tareas más nobles del Estado de Derecho es proteger la libertad de sus ciudadanos ante los abusos y, por supuesto, no debe permanecer inactivo ante las lesiones de bienes jurídicos, sino que debe tratar de dilucidar la responsabilidad penal. Sin embargo, simultáneamente debe preservarse la identidad del Estado de Derecho; ello significa que éste —a diferencia del Estado policial— no debe tener como objeto una optimización utilitarista de la paz y el orden, sino que se debe mantener y reflejar la dialéctica de la libertad. El comportamiento desviado es un elemento constituyente de la libertad y, a la inversa, debemos vivir con la delincuencia porque ésta es un coste de la libertad. Por otra parte, libertad sólo puede sobrevivir si cada ciudadano puede confiar en que su esfera de libertad será protegida. La libertad para la delincuencia y la libertad ante la delincuencia son tesis y antítesis cuya síntesis debe obtenerse en el Estado de Derecho liberal. Incluso en los tiempos de las ‘leyes de lucha contra la delincuencia’ sigue siendo válida la idea de que el Derecho penal es ‘la Carta Magna del delincuente’ (v. LISZT) y ‘el Derecho que limita la lucha contra el delito’ (NAUCKE)”.

Si la lógica que conduce el primero es la de la *prevención*, la que alimenta el segundo es la de las *garantías*. Solamente así se puede entender el Derecho penal como instrumento que autoriza la privación de la libertad y que también la crea.¹⁴ La relación entre *ius puniendi* e *ius poenale* es de tensión, de conflicto. Y no podría ser diferente: una persona como víctima potencial de un delito lo que pretende es el máximo de protección, pero, si se coloca en la posición de infractor potencial lo que espera es el máximo de garantías.¹⁵

b) El Derecho penal como instrumento de reducción de la violencia

El carácter conflictivo, tensional y antagónico que acaba de ser visto con relación a las “finalidades” es también y naturalmente característico de las dos “funciones” instrumentales legítimas que el Derecho penal debe cumplir empíricamente: evitar los delitos (lógica de la prevención) y eliminar todo tipo de arbitrariedad en el momento de la intervención penal (lógica de las garantías). El delito y también la arbitrariedad estatal son dos

¹⁴ Así JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG*, 3. ed., trad. Mir Puig/Muñoz Conde, v. 1, p. 5.

¹⁵ Sobre la teoría general de las garantías cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 38 y ss. y especialmente p. 851 y ss. En la p. 93 están enumerados los diez principios garantistas fundamentales: “1) principio de *retributividad* o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de *legalidad*, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de *necesidad* o de economía del Derecho penal; 4) principio de *lesividad* o de la ofensividad del acto; 5) principio de *materialidad* o de la exterioridad de la acción; 6) principio de *culpabilidad* o de la responsabilidad personal; 7) principio de *jurisdiccionalidad*, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio *acusatorio* o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la *carga de la prueba* o de verificación; 10) principio del *contradictorio* o de la defensa o de refutación. Estos diez principios, ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen –con cierto forzamiento lingüístico– el modelo *garantista* de derecho o de responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del Derecho penal”.

formas de violencia: el Derecho penal debe servir de instrumento de reducción de esa violencia.

Ahora bien, ¿cuándo sería *arbitraria* la intervención penal?

Es arbitraria, por ejemplo, cuando es excesiva (violación al principio de intervención mínima o prohibición de exceso), desproporcionada (violación al principio de proporcionalidad), desformalizada (ofensa a los principios de formalización, proceso debido), inhumana (principio de humanidad), desigual (principio de igualdad), desocializadora (principio de resocialización) y también cuando no protege un bien jurídico de valor incontestable (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) o cuando no se funda en la responsabilidad personal (principio de culpabilidad).

Para no extender demasiadamente la enumeración y teniendo en cuenta el objeto de nuestro trabajo, también es arbitraria la intervención penal cuando se concibe el delito como mera infracción de un deber, de una norma o mera desobediencia, porque ello se opone no sólo a la protección exclusiva de bienes jurídicos, sino también al principio de la necesaria ofensividad del hecho típico.

En resumen, y conforme a la doctrina de Roxin,¹⁶ “El Derecho penal sirve simultáneamente para limitar el poder de intervención estatal y para combatir el delito. Protege, por tanto, al individuo de una represión ilimitada del Estado, pero igualmente protege a la sociedad y a sus miembros de los abusos del individuo. Estos dos componentes –el correspondiente al Estado de Derecho y protector de libertad individual, y

¹⁶ ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 59.

el correspondiente al Estado social y preservador del interés social incluso a costa de la libertad del individuo—, si se les hace objeto de abstracción conceptual, implican rasgos antinómicos”.

Es en ese sentido que von Liszt se refería respecto al Código Penal como la Carta Magna del delincuente (porque le garantiza el derecho de ser castigado sólo si se dan los presupuestos legales y sólo dentro de los límites legales) y al Derecho penal como “la barrera infranqueable de la Política Criminal”.¹⁷

c) La instrumentalización del Derecho penal y del concepto de bien jurídico-penal

De todas las posibles formas de instrumentalización del Derecho penal, dos merecen destaque: la *política* y la llevada a cabo por los *medios de comunicación*: las leyes penales ya no sirven solamente para los fines instrumentales de la efectiva persecución penal, sino que deben fortalecer los valores y las normas sociales. El uso político del Derecho penal se presenta como un instrumento de comunicación. Pero la criminalidad y la persecución penal no sólo tienen valor para el uso político, sino que son

¹⁷ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3. ed., trad. [de la 20. ed. alemana] Jiménez de Asúa, p. 71: “Pero la Política criminal –flamante, pujante– tiene que detenerse ante la fortaleza inexpugnable de las conquistas revolucionarias. La Política criminal no puede dejar de ser política... La seguridad general no puede atacar a las esencias constitucionales de la seguridad individual: la libertad. El Derecho penal –hijo de la Política– las consagra. Como el Derecho penal, la Política criminal tiene, pues, sus límites: el Derecho penal es la barrera intransgredible de la Política criminal”.

también el objeto de auténticos melodramas cotidianos que se comercializan con texto e ilustraciones en los medios de comunicación. Se comercializa con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural.¹⁸

En el marco de las concepciones que aceptan el bien jurídico como objeto de la protección penal¹⁹ ha surgido, por consiguiente, el anómalo y distorsionante problema de su *instrumentalización* (política), cuya consecuencia natural consiste en un tipo de tutela más simbólica que efectiva.²⁰

La discutible –pero aquí entendida como indispensable– teoría del bien jurídico pasó a constituir, en la experiencia legislativa de los últimos años, un “pretexto” para una intervención “máxima” del Derecho penal y ello tanto en el Derecho penal accesorio (*Nebenstrafrecht*) como en el Derecho penal tradicional (*Kernstrafrecht*),²¹ tanto en el núcleo clásico como sobre todo en el “ámbito previo”, dando paso a una exagerada *Vorfeldkriminalisierung*.²²

En efecto, de las funciones que la teoría del bien jurídico-penal estaría orientada a desarrollar (función de garantía, sistemática, exegética y

¹⁸ Cfr. ALBRECHT, El Derecho penal en la intervención de la política populista, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 478-480.

¹⁹ Cfr. *infra*, Cap. III, n. 1.

²⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, El “moderno” derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias, *La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339.

²¹ Cfr. PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, *RIDPP*, 1992, p. 456 y ss.

²² Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 11-12.

crítica),²³ la que ocupa hoy el centro del debate político-criminal es indudablemente la primera (función de garantía), porque a ella correspondería primordialmente la idea de concebirse el bien jurídico como concepto *limitador del “ius puniendi”*, en el concreto sentido de que *exclusivamente* las conductas *lesivas* o que *pongan en peligro* un “auténtico” bien positiva y penalmente valorado son las que podrían ser sancionadas.

Según palabras de Terradillos Basoco,²⁴ “la trascendencia del principio del bien jurídico se despliega, pues, [incluso] a nivel político-criminal o, más concretamente, en la fase de *iure condendo* en la que se selecciona el ámbito de actuación de la tutela jurídico-penal”. Sin embargo, es precisamente esa función capital de límite (al legislador) la que hoy resulta más discutible. Tendría pleno sentido la función de garantía del bien jurídico si el Estado estuviera limitado en sus actividades criminalizadoras, si no pudiera castigar cualquier conducta, sino exclusivamente las que efectivamente lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos.

²³ Véase COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 294 y ss., que dan relieve a tres funciones: exegética, sistemática y de garantía. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 50, es quien ha puesto de manifiesto la función crítica del bien jurídico. Y aún sobre las funciones del bien jurídico véase: MEZGER, *Derecho penal*, p. 159, que subraya no sólo la relevancia de la interpretación teleológica, que tiene especial significado en el ámbito del Derecho penal en lo que concierne a la interpretación de los tipos jurídico-penales, sino también que el fin de cada uno de ellos se orienta a la protección de un determinado “bien jurídico” cuyo descubrimiento y empleo constituye, en consecuencia, una tarea especialmente importante de la interpretación; Véase aún DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, p. 41; ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 228. En PRADO (Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, pp. 48-49), hay una síntesis de las principales funciones del bien jurídico: de garantía (límite al legislador), teleológico-sistemática (límite al intérprete y aplicador de la ley) e individualizadora (medición de la pena, conforme la gravedad de la lesión).

²⁴ TERRADILLOS BASOCO, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, *RFDUC*, 1981, p. 129.

Pero como muy acertadamente afirman Cobo del Rosal/Vives Antón,²⁵ “el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico no debe ser exagerado. El reconocimiento del bien jurídico como concepto central de la dogmática penal implica, exclusivamente, la afirmación de que, en efecto, se concibe el ordenamiento jurídico como un sistema valorativo. Pero las garantías individuales no dependen *sólo* de que se reconozca que las normas jurídicas cumplen una función valorativa, sino que requieren, además, que las valoraciones contenidas en ellas sean correctas. Un sistema de valores modelado, v.g., sobre pautas transpersonalistas, difícilmente podrá garantizar al individuo por si sólo derechos que, como ser humano, le corresponden. La simple admisión del bien jurídico, pues, no representa, en absoluto, una condición suficiente para la obtención de un adecuado sistema penal, aunque pueda considerarse una condición necesaria”.

El *quid* de la ineficacia de la teoría del bien jurídico para ejercer su papel de límite a la (excesiva) actividad criminalizadora, como vimos, reside en la permanente búsqueda de un *referente material idóneo* para dotar de contenidos vinculantes a los diferentes bienes jurídicos.²⁶ Ya ha representado un significativo avance la idea de que “el Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político debe presidir la formación de ese concepto material de bien

²⁵ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 299.

²⁶ Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 132. Lo que se considera absolutamente imprescindible, observa ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal (parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 47, es profundizar en la investigación de reglas y de criterios que permitan determinar como se seleccionan y como se jerarquizan los valores que el Derecho penal está llamado a proteger.

jurídico”,²⁷ pero ello resulta ser solamente una premisa necesaria, pero no suficiente.

Si desde el punto de vista teórico y ético-político, y ello a pesar del empeño doctrinal que se singulariza sobre todo por las apelaciones constitucionales y democráticas, no se ha progresado mucho en la línea de la plasmación de un concepto *material* de bien jurídico con aptitud realmente limitadora frente al legislador, gana espacio, por otro lado, cada día, el llamado “Estado de prevención”, claramente partidario de la idea de “*dinamización de los bienes jurídicos*”:²⁸ si en el modelo liberal clásico los substratos de los bienes jurídicos eran producidos por la sociedad civil (preconstituidos), ahora algunos señalan que los bienes jurídicos son mayoritariamente “producidos” por el propio Estado y conciernen a sus funciones y estructuras, a sus intereses y estrategias.²⁹

La inequívoca instrumentalización del Derecho en general y en especial del Derecho penal, entonces, es una característica que se acerca al modelo del Estado “social” de Derecho.³⁰

²⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 300.

²⁸ La expresión es de DENNINGER, *Der Präventions-Staat*, apud BARATTA, Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica, *Pena y Estado*, 1991, 45.

²⁹ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, p. 404 y ss., señalan, no obstante, que algunas críticas contra la tendencia del Derecho penal contemporáneo en la selección de bienes jurídicos son infundadas porque hay bienes supraindividuales que merecen tutela penal.

³⁰ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 101: “Le droit fait tout d’abord l’objet d’un processus d’instrumentalisation croissante. Un droit nouveau est en effet apparu avec l’avènement de l’Etat providence – «*droit interventionniste*», conçu comme un instrument d’action au service de l’Etat, servant à la réalisation de politiques publiques et visant, non plus à encadrer les comportements mais à atteindre certains objectifs et à produire certains effets économiques et sociaux (passage des «*lois-règles*» aux «*lois-mesures*») (C.A. Morand, «Le Droit de l’Etat providence», *Revue de droit suisse*, 1988). Si ce droit interventionniste s’est coulé dans les formes juridiques libérales traditionnelles, il a eu pour effet de modifier en profondeur la configuration du système juridique, en compromettant sa «rationalité»: mis au

Una de las más claras tendencias del Derecho penal contemporáneo consiste exactamente en la protección preferencial de los bienes jurídicos *supraindividuales* (colectivos, universales) que están ocupando la posición de los bienes clásicos.³¹ Y uno de los riesgos naturales de la *universalización* de los bienes jurídicos consiste en la posible utilización (“perversión”) del Derecho penal para la tutela de “funciones” o “instituciones”, que no representan “auténticos” bienes “sustanciales”.³²

La función *crítica* y *limitadora* del bien jurídico pasó, por consiguiente, a ocupar una posición muy problemática³³ no sólo porque no ha conseguido evitar la instrumentalización del Derecho penal dirigido a la tutela de discutibles “bienes jurídicos”, sino también porque no ha impedido la abusiva utilización de las técnicas legislativas exageradamente anticipadoras de dicha tutela, como acontece con el peligro abstracto.³⁴

service de «programmes finalisés», s'insérant dans des «sequences d'action», le droit perd ses caractéristiques traditionnelles”.

³¹ Véase HASSEMER, Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 367. Cfr. también: PORTILLA CONTRERAS, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, *CPC*, 1989, p. 736 y ss.

³² Cfr. HASSEMER, Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 368. Las nuevas criminalizaciones en el Derecho Penal económico, por ejemplo, como subraya ALBRECHT, Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 109, “están lejos, al menos tendencialmente, de la clásica protección de los bienes jurídicos individuales y miran a la protección de *funciones e instituciones de la vida económica*”.

³³ Cfr. HASSEMER, Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 367.

³⁴ Lo que no se puede solucionar sobre la base del tan claramente perfilado tipo de estafa a causa del elemento típico del *perjuicio*, por ejemplo, “el moderno Derecho penal económico lo puede lograr como mero Derecho penal de la comisión y del peligro, de forma que el legislador ha renunciado simplemente al inequívoco elemento (del resultado) del perjuicio. Ello significa exactamente la desintegración de los principios y garantías del Estado de Derecho en el ‘moderno’ Derecho penal”

El problema de la tutela preferencial de los bienes supraindividuales, de todos modos, no reside tanto en la elección de esos bienes para la actual configuración del Derecho penal, sino sobre todo en la forma (la técnica) de la tutela, excesivamente adelantada (v.g.: peligro abstracto). Por ello, desde que observada la construcción del injusto penal centrado prioritariamente en el desvalor del resultado, no siempre será ilegítima la referida anticipación.³⁵ Al menos desde el punto de vista del principio de ofensividad.³⁶

La política criminal esencialmente represiva en materia de drogas,³⁷ particularmente después de la Convención Única de Naciones Unidas de 1961 y de la Convención de Viena de 1968, conducida bajo los impulsos conservadores y expansivos norteamericanos, podría constituir un buen ejemplo de instrumentalización (a veces incluso política) del Derecho penal.³⁸

(cfr. ALBRECHT, El Derecho penal en la intervención de la política populista, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 484).

³⁵ Sobre la legitimidad de la protección penal de los bienes supraindividuales y su lesividad cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 183 y ss. y 213 y ss.

³⁶ Cfr. infra, Cap. V.

³⁷ Cfr. MAQUEDA ABREU, Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas, *La Ley*, 1998, p. 1.552, que señala que el legislador español del Código de 1995 ha seguido esa línea en la regulación del tráfico de drogas, olvidándose de hacer balance de la idoneidad de la respuesta penal para hacer frente al complejo problema de la droga. Una indiscriminada exasperación de las penas, desproporcionadas, por lo tanto, supone una instrumentalización de la persona que es contraria a su dignidad.

³⁸ La tesis del “valor de cambio político del Derecho penal” es de STANGL y ha sido reseñada por HERZOG, en *Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*, *Poder Judicial*, 1999, p. 82 y ss., in verbis: “Cuando el Derecho penal actúa como instrumento de la política, dice STANGL, tiene, ante todo, como consecuencia que —como sucede en los procesos políticos— el objeto, ‘el caso’, se convierte en una cuestión de poder entre los partidos políticos y no se discute más en el plano de la realidad del problema, sino en el plano de la dramatización. En un espectáculo público que se dramatiza la necesidad de desenlace del

Bajo el pretexto de “reducir el sufrimiento humano” y “acabar con los incentivos financieros del tráfico de drogas”, se aprueba en prácticamente todas las legislaciones de los países occidentales una intervención penal extraordinariamente “dura”, que exaspera los castigos y posibilita sancionar –como delitos consumados o autónomos– los meros actos preparatorios, un simple favorecimiento etc.³⁹

Ahora bien, “el costo ha sido demasiado alto”, en particular para los principios que caracterizan el Derecho penal del Estado constitucional y democrático de Derecho, destacándose el de la ofensividad, que no se compatibiliza con la desmesurada anticipación de la protección penal.

El concepto de bien jurídico que, por supuesto, hasta el momento, es criticado porque no ha tenido suficiente capacidad como para poder fijar límites *positivos* al legislador, tampoco ha servido de un serio obstáculo (límite negativo) para evitar una *hipertrofiada producción legislativa*⁴⁰ que,

problema y recíprocamente se duda de la competencia, la política criminal ha de cumplir los papeles de servir a los intereses electorales y, por tanto, a los intereses de los partidos y aparecer como ‘solucionando’ el problema”.

³⁹ Pero, como recuerda ASÚA BATARRITA, Reivindicación o superación del programa de Beccaria, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, p. 29, “el efecto disuasorio de la pena se logra por la *certeza* y la *prontitud* de la pena más que por la dureza del castigo. Esta es una de las máximas centrales del pensamiento de BECCARIA: la pena justa será la más suave de las eficaces, y será más eficaz cuanto más pronta y segura sea su aplicación. No hay medida exacta que corresponda a cada delito... sino que tal medida hay que buscarla en función de lo que sea suficiente, y en la valoración de lo suficiente entran componentes relativos al funcionamiento de la justicia. Si la administración de justicia es eficaz en detectar los delitos y ágil en la resolución de los casos, la intensidad de la pena puede ser mínima. Porque es la esperanza de impunidad lo que debilita la fuerza disuasoria del castigo y no la dureza de éste cuando su aplicación es insegura. Principio cuya actualidad es evidente, aunque hoy todavía constituye un *desideratum* más que una realidad”.

⁴⁰ El problema más agudo del principio de protección de bienes jurídicos reside justamente en la aún “insuficiente elaboración científica” de su contenido material. Eso perjudica notablemente, tal como pone de relieve FIANDACA, Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale, *RIDPP*, 1982, p. 7, el cumplimiento de sus funciones esenciales (interpretativa, dogmática y sistemática), pero, sobre todo la función crítica. Hasta el momento “las definiciones del bien jurídico son excesivamente abstractas y genéricas. El resultado es que el citado principio ejerce poca o ninguna influencia en la dogmática (interpretación y sistematización de la norma) y es prácticamente nula su relevancia en el fundamental momento de la política criminal”.

así, surge como una de las más graves consecuencias de la “inocuidad” político-criminal de tal concepto.⁴¹

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, precisamente porque constituye un postulado político-criminal básico dirigido al legislador, que no siempre lo respeta, pese a la inevitable “vaguedad” de su contenido material, debería tener al menos la virtud de demostrar la patente contradicción entre los imperativos legitimadores de un Derecho penal mínimo (que se postula *de lege ferenda*) y los del actual Derecho penal tendencialmente “máximo”.⁴² Y, si no fuera pedir mucho, de atenuar la descontrolada expansión penal, que ha llegado al punto de permitir que algún autor hable de un verdadero abuso del poder punitivo por parte del Estado.⁴³

d) Evolución de la teoría del Estado de Derecho y la histórica y progresiva hipertrofia del Derecho penal

⁴¹ No se discute que la *expansión del Derecho penal*, en la expresión de SILVA SÁNCHEZ (*La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 21 y ss.), tiene variadas causas, pero, concretamente en lo concerniente al aspecto interno del sistema, ello se debe en gran medida a la indeterminabilidad del concepto de bien jurídico.

⁴² Un gran sector doctrinal afirma que la tendencia al “Derecho penal máximo” es precisamente la que también caracteriza el Código Penal de 1995 en España. Comparando el movimiento codificador del siglo pasado y el nuevo Código, GIMBERNAT ORDEIG (Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 41) afirma: “...el movimiento codificador del siglo pasado, supo incorporar, con las distintas reformas aprobadas desde 1976, aquellas innovaciones (principio de culpabilidad, supresión de la punibilidad por cuantías en los delitos contra la propiedad, regulación de las lesiones evitando calificaciones por el resultado, equiparación entre el hombre y la mujer en los delitos contra la libertad sexual, etc.) sobre cuya necesidad existía un acuerdo prácticamente unánime, manteniendo... una tendencia de descriminalización y rebaja de las penas, que se ve ahora sustituida en el nuevo Código Penal, influido por el renacimiento en los últimos años de la ideología de la ‘ley y el orden’, por un incremento descontrolado de nuevas figuras delictivas y por un insuperable rigor punitivo”.

⁴³ Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 125.

De todos modos, lo esencial es subrayar que la *hipertrofia* del Derecho penal no es un fenómeno nuevo y tampoco aislado: es fruto de una evolución histórica progresiva⁴⁴ y sigue *pari passu* a la evolución de la idea misma del Estado de Derecho, que nace con la pretensión de someter el Estado al Derecho.⁴⁵

Es un fenómeno que se ha agravado especialmente ahora, en la era de la “sociedad de riesgos”, pero tiene una “vieja” presencia en el sistema penal. La preocupación de someter bajo control jurídico (“jurisdiccionalizar”) no sólo la Administración Pública⁴⁶ sino también todas las relaciones sociales, tiene como resultado la “*jurisdiccionalización*” del Derecho penal y especialmente de las infracciones livianas, lo que ha provocado el nacimiento del fenómeno de la excesiva criminalización de las infracciones

⁴⁴ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 19 y ss.

⁴⁵ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 11: “L’objectif poursuivi est d’encadrer et de limiter la puissance de l’Etat par le droit; par là, la théorie de l’Etat de droit exprime une volonté de renforcement de la juridicité d’un Etat entièrement coulé dans le moule du droit”.

⁴⁶ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 13: “Ao cœur de la théorie de l’Etat de Droit, il y a donc le principe selon lequel les divers organes de l’Etat ne peuvent agir qu’en en vertu d’une *habilitation* juridique: tout usage de la force matérielle doit être fondé sur une norme juridique; l’exercice de la puissance se transforme en une *compétence*, instituée et encadrée par le droit. Dans la mesure où les organes de l’Etat sont ainsi tenus au respect de normes juridiques supérieures, l’Etat de Droit tend à se présenter sous l’aspect formel de la hiérarchie des normes. La théorie de l’Etat de Droit postule d’abord la soumission de l’administration au droit : l’administration doit obéir aux normes qui constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de son action; et cette soumission doit être garantie par l’existence d’un contrôle juridictionnel exercé, soit par le juge ordinaire (*Justizstaat*), soit par des tribunaux spéciaux (*Sondergerichte*). Mais la théorie postule aussi la subordination de la loi à la Constitution : le Parlement doit exercer ses attributions dans le cadre fixé par la Constitution; et, là encore, l’intervention d’un juge – constitutionnel celui-ci – apparaît indispensable pour faire respecter cette primauté”.

de poca importancia (éste fenómeno, en el derecho comparado, es conocido como “*bagatelización*” del Derecho penal).⁴⁷

Después el Derecho penal se ha transformado en instrumento no sólo del “prevencionismo positivista” sino sobre todo del intervencionismo del Estado Social. Es lo que vamos a analizar a continuación.

d.1) La expansión “patológica” del Derecho penal

En efecto, una de las contradicciones históricas más notables del “moderno” Derecho penal consiste precisamente en lo siguiente: al tiempo en que nacía el modelo liberal de Estado de Derecho,⁴⁸ que configura la fase histórica de consolidación de las primeras libertades así como del Derecho penal de cuño individual y garantista, fundado en la desconfianza al Estado,⁴⁹ también empezaba su expansión horizontal “patológica”, que prácticamente nunca encontró límites substanciales vinculantes de contención.⁵⁰

⁴⁷ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperatrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 12-23 y especialmente p. 81-82.

⁴⁸ Sobre el vínculo axiológico entre el Derecho Penal (la pena) y el modelo de Estado véase MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 9 y ss., para quien la función de la pena depende de la que se asigne al Estado. Del mismo autor, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 123 y ss.

⁴⁹ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 54: “L'Etat de Droit s'inspire d'une méfiance de principe vis-à-vis d'un Etat dont on cherche à encadrer et à corseter la puissance pour éviter qu'elle ne devienne oppressive. Cette problématique apparaît dès l'Ancien Régime : face aux théoriciens de l'absolutisme, les philosophes s'efforcent de penser rationnellement l'ordre politique”.

⁵⁰ Sin embargo de que, como escribía Tácito, “la peor república es la que tiene más leyes” (apud CARBONNIER, *Ensayos sobre las leyes*, p. 237). El mismo autor afirma: en todos los siglos,

Desde la época de las primeras codificaciones⁵¹ hasta hoy, continua el legislador con la más soberana posibilidad de criminalizar conductas cuando quiera y, substancialmente, hasta cierto punto, de la forma que quiera.⁵²

No se puede ignorar que el legislador encuentra en la realidad social una fenomenología estructurada sobre comportamientos y valores. Pero no siempre la actuación del legislador en el momento de criminalizar una conducta corresponde con exactitud a los esquemas sociales vigentes. La atribución de una sanción de naturaleza “penal” a hechos privados de un profundo significado ético-social permite transformar el “*vetita quia mala*” en “*mala quia vetita*”.

Ello acontece porque no existe, como señala Delitala,⁵³ “un Derecho penal natural”. En el fondo, es el legislador que en la categoría prácticamente infinita de los actos ilícitos selecciona los que deben ser sancionados penalmente y así les señala el carácter de delito.

incluso aquellos que en la distancia parecen haber sido más sobrios en materia de legislación, se ha experimentado el sentimiento de tener demasiadas leyes. Y concluye, citando Montaigne: ‘Tenemos en Francia más leyes que todo el mundo junto y más de las que harían falta para regular el mundo’.

⁵¹ Los más conocidos Códigos europeos de la primera mitad del Siglo XIX son el napoleónico (1810) y el de la Baviera (1813); luego vendrían los Códigos de España (1822), Austria (1852), Bélgica (1867), Suecia (1864), España (1870) y Portugal (1886). Lo que marca estos Códigos son los principios liberales y de humanidad y justicia antes defendidos por BECCARIA, cuya obra, *De los delitos y de las penas con el comentario de Voltaire*, provocó inmediatas reformas en varios países (*Instrucciones de Catarina II*, 1767, Reforma de José II, Austria etc.). Cfr. sobre ese período de las codificaciones BRUNO (Aníbal, *Direito penal*, p. 141 y ss.).

⁵² Oportuna y correctamente, véase como DÍEZ RIPOLLÉS, Exigencias sociales y política criminal, *Claves de razón práctica*, 1998, p. 49, después de enfatizar el extraordinario avance de la dogmática en el ámbito de los presupuestos indispensables para la racional “aplicación” de la ley pena, lamenta la carencia de una “teoría de la legislación penal, que marque los pasos y las comprobaciones que deben llevarse a cabo antes de tomar una decisión sobre penalización o de la despenalización de un comportamiento”.

⁵³ DELITALA, *Diritto penale*, *Enciclopedia del Diritto*, 1964, p. 1.095.

Para ese anómalo y preocupante cuadro de hipertrofia, es decir, de aumento gradual, pero constante, del número de ilícitos penales, particularmente los contravencionales,⁵⁴ no hay duda que también ha contribuido la ausencia de individualización de un substrato material del concepto de bien jurídico con capacidad no sólo para distinguir con seguridad el ilícito penal del administrativo, sino sobre todo para limitar las decisiones selectivas prenormativas del legislador.

Muy sintomático de lo que acaba de ser expuesto, como afirma Bricola,⁵⁵ “es el histórico proceso de transformación del ilícito administrativo en ilícito penal: comportamientos que en el Estado de policía eran considerados ilícitos administrativos, desde el momento en que se instaura el Estado de derecho fueron transformados en infracciones penales, generalmente de naturaleza contravencional (falta)”.

El origen de la *hipertrofia* y, en gran medida, de la criminalización de las infracciones nimias (tanto en el plano de las conminaciones *in abstracto* – *law in books*– como en el de la aplicación y ejecución *in concreto* –*law in*

⁵⁴ Sobre la evolución legislativa relacionada con las faltas (contravenciones) en Brasil cfr. DUARTE (José, *Comentários à lei das contravenções penais*, p. 27 y ss.), que subraya cuánto draconianas eran las leyes portuguesas (las Ordenaciones): pequeñas faltas eran consideradas delito grave y común era la sentencia “muera por ello”. En el comienzo del siglo XIX eran juzgadas por los jueces de paz, después pasaron a los jueces de carrera. Nunca se ha dejado de legislar sobre las contravenciones en Brasil: en los Códigos de 1830 y 1890 ellas aparecen en un Capítulo especial; a partir de 1940 son disciplinadas en una ley especial, que amplió considerablemente el número de incriminaciones (algunas nuevas y otras ya estaban en las Ordenaciones). Después de 1940 son incontables las leyes especiales que incriminaron nuevas contravenciones (v.g., Ley 4.591/64, art. 66 que disponía: “*Son contravenciones relativas a la economía popular, punibles en la forma del artículo 10 de la Ley n.º 1.521, de 26 de diciembre de 1951: I - negociar el incorporador fracciones ideales de terreno, sin previamente satisfacer las exigencias constantes de esta Ley, etc. PENA - Multa de 5 a 20 veces el mayor salario mínimo legal vigente en el País*”). En cuanto al Derecho francés, véase CHABAS, La notion de contravención, *RSCDPC*, 1969, p. 1-46. Con relación a la expansión progresiva, aunque discontinua, de la tutela penal en España cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 19 y ss.

⁵⁵ Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, *Scritti di Diritto penale*, v. 1, t. 1, 1997, p. 560.

action) coincide, así, con las codificaciones de la primera mitad del siglo XIX y para ello han sido decisivos:⁵⁶

(a) el culto al Derecho o la “sacralización del Derecho”,⁵⁷ es decir, el proceso de normativización y jurisdiccionalización integral del orden social;⁵⁸

⁵⁶ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperetrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 12-23, que pone de relieve el hecho histórico de que “el Estado Liberal se caracteriza desde su nacimiento por una acentuada expansión del área de lo penalmente relevante” en razón sobre todo de la jurisdiccionalización del Derecho penal así como del principio de legalidad. El llamado Código Criminal del Imperio, en Brasil (1830), de hecho, en su parte IV, cuidaba de los “delitos policiales” (artículos 259-264).

⁵⁷ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 63: “L'État de Droit implique une confiance absolue placée dans le droit, la croyance dans les vertus de la dogmatique juridique pour atteindre les objectifs que l'on s'assigne, faire prévaloir les valeurs auxquelles on est attaché: c'est par la transformation en droits subjectifs que seront préservées les libertés individuelles; c'est par la proclamation de la souveraineté nationale que sera garanti le principe démocratique; c'est par l'affirmation de la liberté du commerce et de l'industrie que sera protégée la société civile des risques d'ingérence étatique. L'État de Droit repose ainsi sur le *fétichisme de la règle* (D. Loschak, « Le principe de légalité », *AJDA*, 1981, p. 387 y ss.): la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce; et le passage par la forme juridique en vient à constituer la garantie suprême... La norme juridique est nimbée d'un halo mystique, investie de cette dimension sacrée qu'on trouve déjà dans la conception rousseauiste de la loi. Et c'est précisément à ce point que le mythe vient relayer la réalité, en donnant à l'État de Droit toute sa portée: l'État de Droit ne se ramène pas en effet à une construction rationnelle, à une épure formelle, mais s'appuie sur un investissement affectif, et c'est cette *mystique* qui fait qu'il n'est pas seulement un leurre, une formule mystificatrice, mais bien une contrainte effective, pour les destinataires comme pour les producteurs de la norme”.

⁵⁸ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 64: “La théorie de l'État de Droit n'est ainsi que le prolongement et le couronnement d'une longue tradition. Son essence, c'est en effet le *normativisme* (W. Leisner, 1974, p. 66): aussi tend-il à un « *perfectionnisme normatif* » constant et à un élargissement incessant du champ de la juridicité; tous les rapports sociaux doivent être soumis au droit, codés en termes juridiques. Si l'État de Droit veut être parfait, il doit être partout: « *la légalité est une notion absolue, sinon totalitaire: qui n'est pas pour elle est contre elle* ». L'État de Droit tend dès lors à la *juridicisation intégrale* de l'ordre social. Le culte du droit se traduit concrètement dans le discours de l'État de Droit par la *coupure établie entre le champ du droit et le champ de la politique*. De cette coupure dépend la sacralisation du droit: tout se passe comme si la norme juridique ne pouvait remplir la fonction symbolique qui lui est assignée qu'à la condition que soient transcendés ses modes d'élaboration, occultées les conditions de sa production, effacées les traces de sa généalogie politique; elle n'apparaît plus alors comme le produit contingent d'un rapport de forces circonstanciel, mais comme parée des attributs de la nécessité et de l'incontestabilité”.

- (b) la participación efectiva, desde entonces, del Ministerio Fiscal, en la *persecutio criminis in iudicium*, como representante del *ius puniendi* estatal;
- (c) la preocupación de que la ley penal fuera aplicada a todos con igualdad, lo que lleva a la configuración del sistema procesal bajo el imperio del principio de legalidad u obligatoriedad, que incrementa la utilización de la Justicia penal.

En lo que se refiere a la *jurisdiccionalización* del Derecho penal hay que subrayar que una vez establecidas las estructuras del Estado de Derecho (liberal), se consolida el “monopolio” estatal de la Administración de la Justicia y concomitantemente el Poder Judicial como un “tercero e imparcial poder”, encargado de la tarea de la distribución de la justicia.

Todos los delitos o infracciones menores (*Bagatelldelikte*, especialmente las faltas, contravenciones, ilícitos de policía, meras transgresiones administrativas), se someten al control jurídico-penal. En ese momento histórico los jueces y los dogmáticos adquieren protagonismo como teóricos del Estado de Derecho y de la “razón jurídica”.⁵⁹

Como se puede notar, desde ese momento la Justicia en general y especialmente la penal, que por razones de legalidad, jurisdiccionalidad y

⁵⁹ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 65: “Le discours de l'Etat de Droit tend dès lors à s'appuyer sur le juge et le juriste, figures emblématiques de la Raison juridique. C'est sur le juge qu'on compte pour protéger tout à la fois «l'administré contre les abus du pouvoir et l'ordre juridique contre les atteintes qui pourraient lui être portées» (M. J. Redor, 1992) ... Le juge dispose en effet de la compétence et de l'indépendance requises ; la théorie de l'Etat de Droit légitime ainsi la montée en puissance du pouvoir juridictionnel, dans l'immédiat celui du juge administratif, ultérieurement celui du juge constitutionnel. Plus généralement, les juristes se voient investis d'une mission essentielle: il leur revient en effet d'éclairer et de guider des gouvernants privés de la hauteur de vues nécessaire; l'Etat de Droit repose ainsi sur l'utopie d'un «gouvernement des sages», dans lequel les juristes auraient une place de choix en raison de leurs compétences propres”.

de garantías⁶⁰ asume la tarea de aplicar las sanciones penales, inclusive las correspondientes a las infracciones de pequeña relevancia social o política, pasó a conocer el fenómeno de la paralizante sobrecarga, que conduce a consecuencias nefastas tanto del punto de vista de su funcionalidad (morosidad, descrédito y, particularmente en el Derecho penal, la sensación de impunidad, de ineficacia de la amenaza penal, la inoperatividad frente a delitos graves etc.), como del económico *tout court* (piénsese en el costo incalculable de la “máquina” judicial para juzgar todas esas infracciones de ofensividad escasa, en el costo de su ejecución y al propio condenado).

La proliferación de los ilícitos administrativos con la etiqueta criminal, es decir, la criminalización de conductas de escasa ofensividad, sin lugar a dudas, continua siendo una preocupación preeminente de la política criminal que, en éste asunto, nunca sigue una dirección única.

A pesar de ser más que evidente la expansión del Derecho penal, no hay como negar una cierta ambivalencia en las orientaciones político-criminales de los últimos años:⁶¹ por un lado con la adopción de medidas descriminalizadoras (en menor cantidad) o despenalizadoras (atenuación de penas, suspensión condicional del proceso, transacción penal, penas alternativas, renuncia de pena) y, por otro, una clara orientación

⁶⁰ Véase como PALIERO señala la gran paradoja que está presente en el hecho de que para atender exigencias de justicia y de garantías resulta enormemente acentuado el tratamiento sancionatorio (“*Minima non curat praetor. Iperetrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*”, p. 15). En ese sentido, cfr. también BRICOLA, Teoria generale del reato, *Scritti di Diritto penale*, v. 1, t. 1, 1997, p. 560; DELITALA, Diritto penale, *Enciclopedia del Diritto*, 1964, p. 1.096.

⁶¹ Así HASSEMER. Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 367. Cuanto al protagonismo del Derecho penal accesorio en el moderno sistema penal el autor advierte para la progresiva disolución de la clásica diferenciación entre “*delicta per se*” y “*delicta mere prohibita*”.

criminalizadora, principalmente en los sectores relacionados con el desarrollo de la sociedad industrial (o pos-industrial), los cuales hasta hace poco tiempo eran objeto de una regulación (penal) accesoria (*Nebensstrafrecht*).

Incluso en el ámbito de los *reati bagattellari* se puede notar esa ambivalencia, pero con el predominio muy evidente de la criminalización, antes que de la despenalización.

El sector preferencial para la concretización de la hipertrofia penal es innegablemente el de la parte especial de los códigos penales o de las leyes especiales. En varios países ya se puede notar con cierta facilidad el “progresivo predominio de la ‘legislación especial’ sobre el ‘Derecho penal codificado’⁶² así como la incontrolable proliferación de las faltas (de las *fattispecie* contravencionales)”.⁶³

Sin embargo, la reivindicación doctrinal en el sentido de alejar del Derecho penal esas infracciones de menor entidad no es nueva.

Von Liszt,⁶⁴ por ejemplo, ya decía: “Nuestra legislación actual hace de la pena, como medio de lucha, un empleo superabundante. Debería de pensarse si no merecería ser restaurado el antiguo principio “*mínima non*

⁶² El Derecho penal “moderno” presenta la característica de la “parcelación” de la parte especial, distribuida sólo en una modesta medida en el código penal y colocada prevalecientemente en textos normativos diversos (cfr. STORTONI, “La parte speciale nel sistema penale italiano” in *Introduzione al sistema penal*, 1997, p. 362).

⁶³ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrafia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, p. 71, que llama atención para el hecho de como el sector de las contravenciones deja de ser el *locus* de las clásicas incriminaciones que gravitan en la esfera individual para también asumir el nuevo papel de instrumento de tutela de bienes supraindividuales (economía, finanzas, medio ambiente etc.).

⁶⁴ Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3. ed., trad. [de la 20. ed. alemana] Jiménez de Asúa, p. 21.

curat praetor”, bien como precepto jurídico del procedimiento (quebrantamiento del principio legal), bien como regla de derecho material (impunidad por insignificancia de la infracción). Un empleo más frecuente de la multa, en el dominio del Derecho privado haría superflua más de una querella; el procedimiento de reparación por medio de árbitros evitaría numerosas condenas. Pero es de suma importancia la separación de las contravenciones, del dominio de las infracciones (*Unrecht*) criminales”.

Al comentar los llamados delitos de policía subrayaba:⁶⁵ “caen también bajo el concepto del delito. La pena que el legislador asocia al hecho del delito de policía, es una pena criminal. La exposición del Derecho vigente debe atenerse a esta consideración. Pero en ella es de notar que, de estos hechos, no es lo substancial el contenido esencial de la infracción (*Unrecht*): la lesión o riesgo de un bien jurídico; y, por tanto, que su separación del concepto de la infracción, y, consiguientemente, del delito, es uno de los más importantes deberes legislativos”.

Manzini,⁶⁶ por su parte, al considerar el Derecho administrativo italiano, destacó que él “abusa de las sanciones penales, y con esto va en contra del fin mismo que querría alcanzar, en cuanto la fuerza de la pena, como motivo de determinaciones individuales, se disminuye tanto más cuanto mayor es la frecuencia objetiva o la extensión subjetiva de la pena misma.

⁶⁵ Cfr. VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3. ed., trad. [de la 20. ed. alemana] Jiménez de Asúa, p. 265, que invoca el pensamiento de J. GOLDSCHMIDT, coincidente con su texto: el llamado delito de policía no es un acto contrario al Derecho, sino un acto contrario al orden administrativo; no es la lesión de un interés jurídicamente protegido, sino de un interés declarado por la Administración; la omisión de la asistencia debida a la Administración pública conducente a la satisfacción del bien público. Él reivindicaba ya para el Derecho Administrativo, por aplicación *de lege lata*, todos los delitos que pueden ser regulados por el procedimiento administrativo (delitos postales, delitos fiscales, delitos de policía).

⁶⁶ MANZINI, *Tratado de Derecho penal*, t. I, trad. Sentís Melendo, p. 146-147.

Y además establece respecto de los súbditos un sistema vejatorio y contrario a la dignidad de los ciudadanos, a los cuales no se debería poder infligir, por levísimas faltas incluso no intencionales, y en las que cualquiera puede incurrir, la vergüenza de una condena penal, aunque sea contravencional, puesto que resulta del certificado penal. Si se considera que esta condena no es moralmente aflictiva, se disminuye el valor general de la pena, con una distinción demasiado sutil para ser comprendida por la mayoría”.

La verdad es que la conversión de los ilícitos que son simples contravenciones (faltas) en ilícitos con carácter penal todavía no es un proceso acabado “y no implica que en el futuro no tengamos que presenciar un fenómeno inverso, es decir, el de la transformación de las contravenciones en simples transgresiones administrativas (...); no es sólo previsible que en el futuro se hará un uso mucho más cauteloso de la sanción penal, sino que es recomendable que innumerables ilícitos actualmente sancionados penalmente sean reconducidos al ámbito del Derecho administrativo y sancionados con penas pecuniarias-administrativas; la enorme cantidad de contravenciones [y otros tantos ilícitos de escasa ofensividad] constituyen hoy un riesgo para el funcionamiento de la Justicia”.⁶⁷

Revitalización del sistema del Derecho administrativo sancionador y el consecuente redimensionamiento del sistema criminal son los dos procesos que confluyen al denominador común de la despenalización.

⁶⁷ Así DELITALA, *Diritto penale, Enciclopedia del Diritto*, 1964, p. 1.096 y 1.100.

Pero aquí no se puede ignorar el eterno problema de las garantías,⁶⁸ que no significa, bajo pena de inutilizar las ventajas de la descriminalización, la simple admisión de una homogeneidad entre las garantías formales y principios fundamentales en los dos sistemas represivos –penal y administrativo–, sino sobre todo –según un sector doctrinal–: (a) la atribución para juzgar las infracciones administrativas a órganos administrativos competentes, imparciales y técnicamente preparados; (b) la elaboración de reglas precisas sobre la punición de las infracciones.⁶⁹

Una otra idea, que puede ser mejor compartida, reside en jurisdiccionalizar el sector más relevante del derecho administrativo sancionador, y si a ello agregamos la imprescindibilidad de la defensa y la posibilidad de recurrir a otro juez siempre que no se haya observado el debido proceso legal, se llega a un provisional delineamiento de un futuro pero impostergable proceso de despenalización.

Ahora bien, mientras no se concretice ese proceso, tan difícil como impostergable, parece muy adecuado poner en las manos del juez penal instrumentos idóneos para declarar la no-intervención del Derecho penal cuando, por ejemplo, una conducta realiza un tipo penal (formalmente)

⁶⁸ Sobre la problemática de las garantías en el Derecho Administrativo sancionador véase TIEDEMANN, Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo, *Revista Penal*, 1999, p. 85, que sostiene una posición que no se puede compartir en su parte final. Según el autor citado, “Las sanciones administrativas de carácter punitivo, que tienen un fin retributivo, deben imponerse fundamentalmente con las mismas garantías que las que se prevén para el Derecho penal. Este principio puede admitir limitaciones en relación a la competencia para crear dichas sanciones, como consecuencia tanto de su carácter de bagatelas, como de la agilización de su imposición. En contra de la opinión jurídica alemana podrían admitirse inversiones de la carga de la prueba”. Cfr. aún CID MOLINÉ, Garantías y sanciones: argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas, *RAP*, 1996, p. 131 y ss.

⁶⁹ Véase PALAZZO, Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas, *FCP*, 1993, p. 46. En el Derecho italiano es la ley 689, de 24.11.1981, que ha cumplido ese papel (cfr. *Rivista italiana di Diritto e procedura penale*, ano XXIV, fasc. 4, octubre-diciembre 1981, p. 1.511 y ss.).

pero no llega a ofender el bien jurídico o cuando esa ofensa es absolutamente insignificante o socialmente tolerada.

d.2) Un Derecho penal de medidas de seguridad: la Escuela Positiva

La histórica hipertrofia del Derecho penal, sin embargo, no está vinculada exclusivamente al proceso de la criminalización de las infracciones de pequeña o escasa ofensividad. Las profundas alteraciones ocurridas tanto en las ciencias penales como en la propia configuración del Estado también han contribuido para la referida hiperinflación penal.

En los finales del siglo XIX, en efecto, cuando ya se notaba el ocaso del prestigio que habían disfrutado las ideas penales liberales clásicas que estuvieron presentes en el origen de los primeros Códigos, eclosionaban las exigencias prácticas de lucha contra la criminalidad, ante el reconocimiento del fracaso del sistema penal entonces vigente⁷⁰ como bien apuntó la *Escuela Positiva*: todo ello se canalizó hacia el incremento de la intervención penal, en cuyo centro están las medidas de seguridad. La

⁷⁰ Decía ROUX (apud BRUNO, Anibal, *Direito penal*, p. 147, nota 9): “or c’en, une, importante, et incontestablement susceptible de grandes repercussions, que l’inefficacité de la repression. On n’ose plus, devant les faits, gardes encore de dangereuses illusions. La prison, qu’elle soit en comum ou cellulaire, n’intimide pas, et encore moins corrige, ceux a qui elle est destinée, c’est-a-dire les malfaiteurs d’habitude”; GARÇON del mismo modo (cfr. BRUNO, ob. ult. cit.): “Les statistiques de tous les pays prouvent que le nombre des delits est loin de diminuer, et elles demontrent surtout, sans qu’on en puisse douter, l’accroissement constant de la recidive. C’est un fait malheureusement indéniable, que nos peines ne sont pas exemplaires, qu’elles n’intimident pas même le coupable et ne le corrigent que rarement. Tout au contraire, elles n’ont trop souvent pour effet que de le précipiter plus avant dans la vie criminelle”.

personalidad del autor del delito pasa a ocupar la parte nuclear del sistema, con reflejos en diversos institutos penales.⁷¹

Es adoptada, además, la concepción sintomática de delito (el delito es síntoma de una manera de ser del sujeto, que es peligroso y anormal; *a latere* de la culpabilidad surge la idea de peligrosidad criminal que debe ser combatida con las medidas de seguridad). De la concepción retributiva (sucesividad de la pena respecto del delito) se pasa a la preventiva, de la prevención general se pasa a la especial y así se desarrollan las nuevas reformas penales.

Pero más allá de las profundas mutaciones en el estricto ámbito de las ideas penales —de la postura clásica de Beccaria, Feuerbach, Lardizábal y Carrara se pasa al positivismo de Lombroso, Ferri y Garofalo—, no se pueden dejar de mencionar dos factores, en este momento histórico, que han impulsado enormemente la expansión penal: (a) el concepto de bien jurídico deja de ejercer una tendencial función axiológica y limitadora y (b) la transformación del propio modelo de Estado como factor de estímulo legislativo.

En lo que concierne a la mutación del concepto de bien jurídico cabe subrayar: si bien es verdad que en su origen tenía el significado de ofensa a un derecho subjetivo natural (Feuerbach, Bentham, Beccaria), no perdiendo su base empírica en las formulaciones de Birnbaum ni de la Escuela Clásica (Carrara, Romagnosi, Rossi), a partir de la segunda mitad del siglo XIX pierde su sentido axiológico, y su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza

⁷¹ Sobre la concepción positivista del delito como síntoma de la peligrosidad individual cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 295 y ss.

de los intereses individuales afectados al interés del Estado (Hegel), concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella (Jhering, von Liszt, Binding), y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la fidelidad (nacionalsocialismo).⁷²

d.3) Estado de Derecho “social” y Derecho penal

En cuanto a la radical transformación del Estado cabe decir: si la fuente primera de la *hipertrofia del Derecho penal* fue la configuración misma del Estado (liberal) de Derecho (legalidad, división de los poderes, jurisdiccionalidad, codificación), de su incremento desmesurado es responsable el cambio profundo del anterior modelo al Estado social, asistencial, intervencionista o de bienestar (*Welfare State* o *sozialer Rechtsstaat*),⁷³ que significó, más allá de una (re) fundación de la teoría del Estado de Derecho,⁷⁴ “una progresiva relajación y un distanciamiento de

⁷² Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 468-469; STELLA, la teoría del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo, *RIDPP*, 1973, p. 4-6, quien cifra en el positivismo (normativista y naturalista) el momento en que cesa el concepto de bien jurídico de ser una categoría de defensa de valores liberales y se transforma en una categoría necesitada de defensa, es decir, de ser preservada de la arbitrariedad de los contenidos contingentes.

⁷³ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrfia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 24 e ss., que ha procurado (y lo consiguió con buen éxito) demostrar el vínculo existente entre la difusión del Derecho penal, sobretudo en los sectores de la economía, finanzas, salud, ambiente etc., y el modelo Social de Estado, del cual se desprende una impresionante “marea de leyes” (*Gesetzesflut*, en la expresión de NOLL), dirigidas especialmente a la tutela penal de bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, lo que irá provocar una transformación nunca vista en la técnica de formulación típica, en la forma de la tutela penal etc.

⁷⁴ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 98: “Modifiant en profondeur les équilibres des sociétés libérales, l'avènement de l'Etat providence est venu saper les fondements sur lesquels la théorie de l'Etat de Droit était assise: l'objectif de limitation de la puissance de l'Etat qui était au coeur du libéralisme traditionnel a fait place à la représentation d'un Etat investi de la mission de satisfaire les besoins de tous ordres des

las *garantías* liberales (formales) (...) Se llega así a los *totalitarismos* de izquierdas o de derechas, que van sembrando el panorama político de entre las dos guerras mundiales”.⁷⁵

La preocupación con la redistribución del producto de la economía, con la seguridad de iguales oportunidades para el desarrollo de la personalidad de todos, y la exigencia de ley derivada del principio de legalidad son los factores que concurrieron, en ese período, para ir más allá del aumento cuantitativo de la legislación penal hacia su transformación *cualitativa*.⁷⁶

En la fase del Estado de Derecho *tout court* el Derecho penal resultó ampliado (sobre todo con las infracciones de menor entidad), pero el centro de su gravitación aún era la persona humana: los tipos penales en su gran mayoría describían acontecimientos efectivamente lesivos o concretamente peligrosos para el bien jurídico, era un Derecho penal, hasta cierto punto, de la ofensividad, había la preocupación de limitar la intervención estatal, resguardando la libertad y el patrimonio individual.

individus et des groupes; et le jeu de croyances sur lequel s'appuyait la dogmatique juridique s'est progressivement émoussé. La *refondation de l'Etat de Droit* passera par l'intégration des valeurs nouvelles apparues au fil de la dynamique d'expansion de l'Etat providence”.

⁷⁵ Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 15.

⁷⁶ En el sentido de que la construcción de la norma incriminadora de un proceso naturalístico y descriptivo se pasó a normativo y además el propio núcleo del delito del binomio hecho – reo se pasó a transgresión de la norma de gobierno publicístico del bien (cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 16). Cfr. aún CHEVALLIER, *L'Etat de Droit*, p. 99: “D’abord, à la vision traditionnelle des droits-libertés consacrés face au pouvoir vient se superposer l’idée nouvelle de droits-créances reconnus aux individus et qui se traduisent par un pouvoir d’exhibilité vis-à-vis de l’Etat : alors que les libertés classiques fixaient des bornes à l’Etat, ces droits nouveaux supposent au contraire pour leur réalisation la médiation étatique; et leur caractère indéfiniment extensible justifie l’extension illimitée des interventions de l’Etat dans la vie sociale”.

Por impulso del Estado Social, no solamente se incrementó cuantitativamente la legislación penal como también se ha operado la mayor transformación experimentada por el Estado de Derecho y especialmente por el Derecho penal: ahora los bienes jurídicos en torno de los cuales gravita el sistema de sanciones ya no pertenecen (prioritariamente) a las personas individuales, sino a la colectividad.

Con ello la idea misma de bien jurídico (y, en consecuencia, la propia finalidad garantista que se le pretende conferir) sufre una pérdida irreparable (y efectivamente hasta hoy no reparada), porque ahora es justamente la libertad y el patrimonio individuales los que pasan a ser los objetos preferidos de la intervención estatal para alcanzar los objetivos colectivos.⁷⁷

El derecho, en consecuencia, altera su posición y destino y ahora está proyectado “a realizar el pleno desarrollo de la persona humana, requiriendo a todos el cumplimiento de deberes de solidaridad política, económica y social; se multiplican las obligaciones positivas, impuestas muchas veces incluso con preceptos penales, para alcanzar la *Daseinvorsorge* del Estado Social”.⁷⁸ El principio democrático, por su lado,

⁷⁷ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 100: “Enfin, l'Etat va voir se lever les barrières qui entravaient son emprise: il n'a plus, au stade de l'Etat providence, d'«espace privé» sauvegardé, de «société civile» préservée de ses ingérences; l'Etat est amené à s'immiscer dans les rapports sociaux de toute nature, sans se laisser arrêter par un principe de liberté du commerce et de l'industrie devenu, au fil des années, une coquille vide. Doté d'une fonction de régulation sociale globale, l'Etat devient insensiblement le tuteur de la société: c'est à la fois le garant du développement collectif et le protecteur de chacun; et l'aspiration à toujours plus de sécurité conduit à la mise en place de dispositifs d'intervention de plus en plus nombreux et diversifiés, couvrant tous les aspects de l'existence individuelle”.

⁷⁸ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperetrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p.78-79, que agudamente observa cómo el legislador ha considerado principalmente el sector del Derecho económico-social como el *serbatoio delle bagatelle*.

lejos de contribuir para la inversión de la expansión estatal, va a incrementarla: de la democracia “gobernada” se pasa a una “gobernante”.⁷⁹

El impacto del Estado social sobre el ordenamiento jurídico en general y particularmente sobre la legislación de perfil penal fue y continúa siendo muy extenso e intenso. El Estado social ha provocado la “desacralización del derecho” y una crisis de racionalidad jurídica.⁸⁰

La síntesis de Sgubbi⁸¹ revela, en gran medida, la dimensión del fenómeno: “el intervencionismo y dirigismo del Estado social y asistencial ha producido una ‘marea de leyes’ y, sobre todo, la hipertrofia del Derecho penal. El Estado pretende disciplinar todo y regular todo; y recurre al instrumento penal siempre con mayor frecuencia y en áreas siempre nuevas: sea para utilizar del instrumento penal por la fuerte carga simbólica, sea para utilizar la potente eficacia coercitiva concreta (personal y real), sea por comodidad, en el sentido de que declarar como infracción penal a una conducta indeseable es ciertamente la vía más sencilla y

⁷⁹ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 99: “Corrélativement, le principe démocratique, loin de contribuer à freiner l'expansion étatique va lui servir de puissant moteur: c'est à la faveur de l'exercice des libertés politiques et sous la pression des électeurs que vont être consacrés les droits nouveaux; l'Etat devient le moyen de relayer la puissance de la Nation, en permettant de développer la sphère des consommations collectives. Si elle avait cherché à contenir la poussée démocratique, la théorie de l'Etat de Droit allait être bientôt débordée par elle: le passage tout à la fois d'une «démocratie gouvernée» à une «démocratie gouvernante», dans laquelle le peuple ne se repose plus sur ses représentants mais entend intervenir directement dans la vie politique, et d'une «démocratie politique» à une «démocratie sociale», dans laquelle les droits sont conçus comme des exigences et qui privilégie l'idée d'égalité (G. Burdeau, *La démocratie*, 1956, Nlle éd. Seuil-Politique 1966)”.

⁸⁰ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 100: “L'Etat providence est marqué corrélativement par une désacralisation du droit (J. Chevallier, *L'Etat propulsif*, Publisud 1991). La rationalité juridique sur laquelle a été construit l'Etat de Droit dans les démocraties libérales est entrée en crise : non seulement le droit a perdu certains des attributs qui le plaçaient de plein droit dans l'ordre du rationnel, mais encore la pertinence de l'outil juridique, en tant que dispositif de régulation sociale, ne relève plus de l'évidence”.

⁸¹ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 11.

atractiva. El espacio de libertad de los particulares se reduce progresivamente; el Derecho penal pierde su carácter fragmentario para convertirse en omnicomprensivo, totalitario; fragmentaria ahora es la libertad”.

Y paradójicamente, frente a la crisis de racionalidad jurídica no ocurre una disminución de la intervención, sino una explosión de las reglas jurídicas.⁸²

Continúan válidas, por consiguiente, las críticas dirigidas contra la hipertrofia del Derecho penal⁸³ precisamente porque su natural consecuencia (el otro aspecto del mismo fenómeno) es causar su inoperatividad,⁸⁴ con todos los perjuicios que ello provoca para la prevención general. Hiperinflación legislativa e inoperatividad sería, así, el dualismo que caracteriza el “moderno” Derecho penal.⁸⁵ Ello no explica en su total dimensión el problema, pero contribuye a entender por qué el

⁸² Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 101: “Paradoxalement, cette crise de la rationalité juridique passe, non par le recul ou le déclin, mais au contraire par l'explosion de la règle de droit. Loin de régresser, la réglementation juridique connaît en effet dans les sociétés contemporaines un développement exponentiel: les textes prolifèrent, couvrant des domaines toujours plus étendus et diversifiés de la vie sociale; et les dispositions qu'ils comportent sont de plus en plus précises et détaillées. Il semble que l'on assiste à une « juridicisation » croissante des conduites, la norme juridique devenant le vecteur privilégié d'encadrement et d'orientation des activités individuelles et collectives”.

⁸³ Así, v.g., PALAZZO, *Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas*, *Fascículos de Ciências Penais*, 1993, p. 36 y ss., que destaca las nefastas consecuencias de la hipertrofia del Derecho penal para su propia eficiencia bien como para las garantías clásicas.

⁸⁴ La ineficacia de las leyes, con grados variables, como dice CARBONNIER, *Ensayos sobre las leyes*, p. 239, “es el punto de rebosamiento por donde se restablece el equilibrio entre la voluntad del poder y la tolerancia del cuerpo social. Los que legislan deberían conocer bien este principio de saturación”.

⁸⁵ Cfr. STORTONI, *La parte speciale nel sistema penal italiano, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 362, que afirma con apoyo en PALIERO: “Ya se demostró como la inflación penal al contrario de fortalecer la tutela, resuelve inevitablemente en una disminución de la eficiencia”.

sistema punitivo, en la actualidad, cumple unas (dis) funciones más promocionales y simbólicas que reales.⁸⁶

Por otro lado, si no parece correcto negar la importancia social y penal de los nuevos intereses inherentes al desarrollo social (medio ambiente, economía, finanzas etc.),⁸⁷ pues como bien ha señalado Paliero⁸⁸ “no son intereses ‘de bagatela’”, tampoco sería posible dejar de subrayar que de ellos el legislador, en no pocas ocasiones, ha hecho un uso inadecuado y desproporcional (un “uso bagatelar”, en la expresión de Paliero), con la consecuencia de provocar la propia ley un efecto criminógeno extraordinario, en virtud de su decisiva contribución para el incremento del *input* del sistema.⁸⁹

Una vez consolidada la característica “social” que se añadió al Estado (liberal) de Derecho, al menos tres nuevas síntesis en esa evolución histórica del modelo de Estado “ideal” ciertamente podrían hoy ser

⁸⁶ Cfr. STORTONI, La parte speciale nel sistema penal italiano, *Introduzione al sistema penal*, 1997, p. 362.

⁸⁷ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 412, llegan a afirmar que no son fundadas las críticas dirigidas a las contemporáneas tendencias del Derecho penal. Las nuevas normas tutelan verdaderos y propios bienes jurídicos (economía, ambiente) y no meras “funciones”; los hechos reprimidos no son “delitos sin víctima” o “de víctima difusa”, sino de “victimización de masa”.

⁸⁸ PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrófia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 81.

⁸⁹ Es bien probable que en el derecho comparado sea muy difícil encontrar otro contemporáneo ejemplo de uso indiscriminado, “bagatelar” y antigarantista del Derecho penal más que la ley ambiental brasileña de 9.605, de 12.02.1998, que constituye una cristalina representación de la “huida hacia el Derecho Penal”. Es una ley con dispositivos administrativos y penales, que se caracteriza por el casuismo, imperfección, complejidad y, además, es altamente criminalizadora (cuenta con más de cincuenta tipos penales). Las críticas que se le dirigen son interminables [cfr. PRADO (Luiz Regis, *Crimes contra o ambiente*, p. 16-18)]: transformación en delito de una serie de infracciones meramente administrativas, utilización indiscriminada de conceptos amplios y vagos, abuso de las leyes penales en blanco, anticipación exagerada de la tutela penal, la pérdida de la certeza de la configuración típica, delitos de mera desobediencia, violación de los postulados político-criminales básicos (intervención mínima, subsidiariedad, fragmentariedad) bien como de los principios fundamentales del Derecho Penal del Estado Constitucional de Derecho (legalidad, concreción, ofensividad), previsión del peligro abstracto, responsabilidad de la persona jurídica etc.

mencionadas y la situación del Derecho penal apenas ha cambiado, o mejor, se ha agravado.

d.4) El Estado democrático, constitucional y neoliberal de Derecho y el Derecho penal

Cronológicamente, la primera referencia obligatoria concierne al aspecto *democrático* que pasa a incorporar el Estado Social de Derecho,⁹⁰ particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, que es cuando empieza a desarrollar el moderno constitucionalismo. Con la fórmula “Estado social y democrático de Derecho” lo que se intenta es no sólo “someter la actuación del Estado social –a la que no se quiere renunciar– a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real”.⁹¹

El siguiente aspecto que hay que destacar es el *constitucional*, que se añade al Estado social y democrático de Derecho. La característica fundamental del Estado Constitucional y Democrático de Derecho es que constituye un sistema de protección de los derechos y garantías fundamentales, fundado en un doble artificio: (a) en el carácter positivo de las normas producidas (ya no es la Moral o el Derecho Natural la fuente de los derechos –el “ser” del derecho es producto del hombre, luego, artificial); (b) en el

⁹⁰ Sobre la evolución del Estado social de Derecho al Estado democrático de Derecho cfr. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, p. 131 y ss.

⁹¹ Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 16.

sometimiento del propio ordenamiento jurídico a las reglas formales y substanciales del Estado Constitucional.⁹²

El *punctum saliens* reside en el propio proceso de producción de las normas jurídicas. Tanto su existencia (aspecto formal) como su validez (aspecto substancial) están condicionadas por el Estado Constitucional de Derecho, que contiene un núcleo intangible relacionado con los derechos fundamentales, de tal forma que “el propio contenido de cada una de las normas que componen el ordenamiento jurídico se encuentra necesariamente afectado por la norma básica”.⁹³ El derecho, comprendido de ese modo como un sistema de garantías, no solamente es condicionante, sino también condicionado, especialmente en su “substancia”.⁹⁴

Ya el *punctum dolens* del modelo Constitucional y Democrático de Derecho reside en la resistencia tendencial de los tribunales (y también de los jueces, donde ellos pueden hacerlo directamente) en declarar la ilegitimidad de la norma penal que no cuenta con compatibilidad vertical con la Constitución y el modelo político-criminal que de él se desprende. Por una serie interminable de razones, los tribunales, en general, todavía no llegan a cuestionar la soberana posibilidad de elección normativo-penal del legislador, es decir, aún continúan siendo partidarios, en este punto, de un *self-restraint* de cuño nítidamente conservador.

Por último, aunque someramente, no hay como dejar de referirse a la política criminal del modelo *neoliberal*, que significa por encima de todo la

⁹² Cfr. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 1999, p. 63.

⁹³ Así, PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 62.

⁹⁴ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 1999, p. 63.

pretensión de alejamiento del Estado de la economía, que debe ser regida por el libre mercado. Pero, en el ámbito del Derecho penal, no se observa ninguna inversión de sentido en la hipertrofia del derecho.

Todo lo contrario, el funcionamiento del libre mercado implica la postergación del liberalismo político clásico, que es garantista; ello significa que se amplían las restricciones a las libertades democráticas y se flexibilizan las garantías. Como ha puesto de manifiesto Juarez Tavares,⁹⁵ “esta política criminal, que Hassemer califica de sombría y que se transforma gradualmente en el más perfecto instrumento de guerra a los preceptos de los derechos fundamentales, es vieja conocida de América latina, desde la aventura tan nuestra de la *seguridad nacional* hasta la práctica de los modelos neoliberales actuales, a base de la extensión de la represión penal y su diseminación”.

Otros factores que en los últimos tiempos han concurrido para la excesiva expansión del Derecho penal en América Latina, tal como señala Zaffaroni,⁹⁶ son: (a) las imposiciones y directivas transnacionales (que no sólo presionan a los países “dependientes” a legislar continuamente, sino también que orientan la producción de leyes especiales, que crean reglas distintas de las tradicionales, siempre fundadas en un sentido represivo “ejemplar”; así ha pasado en América Latina con el tema de las drogas, de

⁹⁵ TAVARES (Juarez, La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, *Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 631, que apunta como características del modelo político-criminal neoliberal las siguientes: (a) fomenta la orientación represiva extremadamente autoritaria para la criminalidad callejera; (b) amplía la orientación preventiva, incluyendo como criminales a las personas de contacto con los imputados, o aquellas susceptibles a causar pérdidas económicas; (c) estimula a la extensión y la diversidad de las sanciones penales y extrapenales”. Bajo la vigencia de este modelo penal intervencionista es que prácticamente toda legislación penal brasileña de esta década ha sido producida (véase TAVARES, loc. cit., p. 644 y ss.).

⁹⁶ ZAFFARONI, La creciente legislación penal y los discursos de emergencia, *Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 615 y ss.

la criminalidad organizada, del blanqueo de capitales etc.); (b) la ideología de la seguridad ciudadana, que se traduce en leyes represivas que no sólo alteran toda racionalidad en las escalas penales, sino que son de imposible cumplimiento.

También han contribuido: (c) la renormativización de situaciones sociales sin solución; (d) la administrativización o banalización del Derecho penal (en casi todas las leyes no penales se incorpora algún tipo penal y, por ende, aparecen tipos penales en leyes totalmente alejadas de la materia, redactados descuidadamente por asesores y técnicos preocupados en otras cuestiones jurídicas).

e) La era de la decodificación, huida hacia el Derecho penal y el Derecho penal mínimo

Era inevitablemente previsible que el ilimitado avance normativo del Derecho penal, con sede primordialmente en las leyes especiales, le llevaría inexorablemente a la “edad de la decodificación”⁹⁷ con sus inherentes

⁹⁷ Cfr. IRTI. *L'età della decodificazione, passim*. Véase aún PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperetrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 83 y ss. El autor, en esas páginas, hace un estudio comparativo del esquema de Irti (proyectado para el Derecho civil) con el Derecho Penal. Sus conclusiones principales son: (a) la parte general del Derecho penal no ha perdido su carácter constitucional; (b) la legislación especial, de hecho, rompe el estilo “codicístico” del Derecho Penal clásico y de manera poco garantista porque difunde las normas penales en blanco así como las cláusulas *di rinvio*, en flagrante oposición al *Grundsatz der Bestimmtheit* (o “principio de determinatezza”), y también porque ya no son identificables con seguridad ni los destinatarios ni el contenido de la norma penal, lo que dificulta el conocimiento del precepto, violándose así el principio de culpabilidad (*Schuldprinzip*). De ahí el movimiento –aunque utópico– de la (re) codificación del Derecho penal: cfr. STORTONI, *La parte speciale nel sistema penale italiano. Introduzione al sistema penal*, 1997, p. 363; BRÍCOLA, *Considerazioni introduttive al dibattito sul tema: Il codice Rocco cinquant'anni dopo, Scritti di Diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, 1997, p. 1.403-1.404.

implicaciones penales, especialmente en el tema del error de prohibición, que gana espacio en cada momento, desde que nadie niega ahora la superación del clásico *ignorantia iuris nocet*.⁹⁸

Los legisladores no sólo ignoran con frecuencia las ventajas de la codificación (cognoscibilidad del derecho, posibilidad de motivación de los ciudadanos etc.), que es heredera del pensamiento de la Ilustración, como ahora son ellos mismos los fomentadores de los “particularismos jurídicos”,⁹⁹ cuyas reglas son no sólo cada vez más transitorias¹⁰⁰ sino

también caracterizadas por la falta de racionalidad.¹⁰¹

Para Silva Sánchez,¹⁰² tres serían entonces los elementos que están en la base de las actuales “disfunciones” e “instrumentalización” del sistema penal:

⁹⁸ Con relación al reconocimiento de la relevancia del error de prohibición en Alemania, Italia y España cfr. SABORIT, *Error iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del código penal*, p. 27 y ss. En cuanto al Derecho penal brasileño: GOMES, Luiz Flávio, *Erro de tipo e erro de proibição*, 4. ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 41 y ss.

⁹⁹ Cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 32, que en su libro enfoca un tipo especial de particularismo jurídico que consiste en “estatutos penales diferenciados por clases, por clases económico-sociales, por grupos. Todo individuo, conforme su grupo, su categoría, su clase social y aún de acuerdo con su posición económica, social, institucional, es destinatario exclusivo de disposiciones penales deliberadamente creadas en sede legislativa”.

¹⁰⁰ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 102: “D'autre part, cette volonté du droit de coller au réel le voue à des ajustements constants. La stabilité de la règle juridique était liée à sa généralité: dès l'instant où elle devient précise et détaillée, elle tend aussi à être frappée plus rapidement de caducité, affectée d'obsolescence. Le droit est dès lors appelé à se renouveler à une cadence toujours plus rapide: à peine un texte est-il adopté qu'on s'efforce de corriger ses imperfections, de remédier aux lacunes décelées au niveau de l'application. Cherchant à s'adapter à des situations mouvantes et évolutives, le droit apparaît de plus en plus comme un droit «transitoire»”.

¹⁰¹ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 102: “Ainsi, le droit ne présente-t-il plus les caractéristiques de systématité, de généralité et de stabilité qui étaient traditionnellement les siennes et témoignaient de sa «rationalité». Toutes ces mutations entraînent une certaine désacralisation du droit qui, réduisant l'investissement symbolique dont il était l'objet, compromet les fondements profonds de l'Etat de Droit: la règle de droit n'est plus assurée de plein droit de la légitimité; elle est désormais tenue de faire la preuve de sa pertinence et de son efficacité”.

¹⁰² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, p. 49 y ss.

(a) En primer lugar destaca la ausencia de “vocación” de nuestro tiempo para la codificación penal, que históricamente ha tenido lugar cuando se rompe una estructura de valores, con la consecuente erosión del *status quo ante* (es el caso de la codificación revolucionaria francesa o más precisamente del *Code Pénal* de 1810) o se establece un consenso fundamental entre los varios segmentos de la sociedad sobre temas diversos. Siempre que sean inexistentes estas condiciones básicas (consensuales), el riesgo es que una “nueva codificación” sirva más y primordialmente de “instrumento flexible en manos de una política coyuntural” que, conforme pretendía von Liszt, de “barrera infranqueable o límite de la misma”. La expresión clave sería: *la era de la decodificación*.¹⁰³

(b) En segundo lugar surge la manifestada tensión entre una doctrina penal *minimalista* y la irrefrenable tendencia legislativa a una tutela penal *maximalista*. El discurso del “profesor” no se corresponde con el programa “político” del “legislador”. Estamos ya en la etapa *del fin del Derecho penal liberal*, que se ha transformado en un derecho excesiva y abusivamente intervencionista, con pretensión de regular la vida social entera.

¹⁰³ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 102: “D’une part, il [État de Droit] ne se présent plus comme un ensemble de règles générales, hiérarchisées et articulées, mais comme une *mosaïque de textes* multiples, diversifiés, enchevêtrés, visant à serrer au plus près la réalité sociale, et donc reflet de sa complexité. Il ne s’agit plus, comme par le passé, de poser des règles générales en transcendant la diversité des situations et de les appliquer uniformément en ignorant les cas particuliers, mais tout au contraire de modeler, autant que faire se peut, le droit sur le réel, en suivant la sinuosité de ses contours: le « *naufrage du droit commun, de la règle uniforme*» (A. Holleaux, «La fin des règles générales» *Bull. de l’institut inter. d’admi. publique* 1976, n. 39) se traduit par la floraison de textes spécialisés, appelés à régir dans le détail les individus et les groupes. Ce droit éclaté, «*en mille morceaux*», «*en dentelle*», présente du même coup un caractère technique très accusé: les textes se veulent exhaustifs; ils entendent ne rien laisser échapper des variables auxquelles se heurtera leur application”.

Extensión de su campo de actuación y flexibilización de los presupuestos de la punibilidad son los signos de la transformación, que se materializan en el *ocaso de las garantías formales* (legalidad, taxatividad) y *materiales* (proporcionalidad, culpabilidad), *del principio de utilidad de la intervención penal* (función instrumental de protección de bienes jurídicos relevantes) y, agregaríamos, *de las garantías procesales* (defensa, contradicción, doble nivel de jurisdicción etc.).¹⁰⁴ La expresión clave es “*huida hacia el Derecho penal*”, que es la causa directa de su hipertrofia.

(c) La fractura entre la ideología jurídico-penal de los años 50/60 y las necesidades de la legislación penal de la *post-modernidad* aparece en tercer lugar. De la ideología del abandono de las concepciones retribucionistas¹⁰⁵ (“*Adiós a Kant y Hegel*”), al mismo tiempo en que se pretendía la máxima resocialización del infractor (“*Retorno a von Liszt*”), se pasa a una expansión incontrolable de la intervención penal, especialmente en los sectores donde se involucran intereses difusos o supraindividuales, con el hecho paradójico de que gran parte de las llamadas *izquierdas progresistas*, que antes simpatizaban incluso con las tesis abolicionistas, ahora se transforman en ardorosas defensoras de la sanción penal para la “solución” de los conflictos típicos de una sociedad avanzada (ecología, economía, libertad sexual etc.).¹⁰⁶

¹⁰⁴ Sobre la desformalización en el Derecho procesal moderno cfr. HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, *Revista Penal*, 1998, p. 37.

¹⁰⁵ Nunca adoptadas por los sistemas penales en su concepción más pura.

¹⁰⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 46 y ss., que señala: “Es en este contexto en el que ha adquirido todo su sentido la referencia a la existencia de ‘*atypische Moralunternehmer*’, expresión con la que se designa a algunos nuevos gestores de la moral colectiva (y del recurso al Derecho penal, en lo que aquí especialmente interesa). Si tales ‘gestores’ han estado siendo tradicionalmente determinados

Ahora, concluye el autor citado,¹⁰⁷ está teniendo lugar una “rehabilitación científica” del Derecho penal liberal y de sus garantías, un retorno a Kant y a Hegel y a los principios de seguridad jurídica (legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, igualdad) delineados, en su momento, por la Ilustración. *Garantismo* y *Derecho penal mínimo* son, por lo tanto, las palabras claves.

2. Derecho penal “del riesgo” (*Risikostrafrecht*) y anticipación de la tutela penal

El garantismo y el Derecho penal mínimo serán objeto de nuestra consideración en el Capítulo siguiente (cfr. *infra* Cap. II). Ahora interesa poner en relieve uno de los rasgos que definen el Derecho penal “moderno” (de las sociedades postindustriales) y que consiste precisamente en la criminalización adelantada de algunas conductas (*Vorfeldkriminalisierung*) frente a lo que tradicionalmente se ha considerado su núcleo básico o clásico (que es la lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico protegido).

estamentos burgueses-conservadores, hoy adquieren tanta o más relevancia en tal papel las organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos (contra los pequeños traficantes de drogas), pacifistas (contra la propagación de ideologías violentas) o antidiscriminatorias (contra ideologías racistas o sexistas, por ejemplo). Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses... El giro ha sido tal que quienes en su día repudiaban el Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las ‘subalternas’ ahora reclaman precisamente más Derecho penal contra las clases poderosas. Se produce, según se ha dicho, un fenómeno de fascinación de diversas organizaciones sociales por el Derecho penal, fascinación de la que carecen todos sus equivalentes funcionales”.

¹⁰⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, p. 56.

Esa destacada tendencia legislativa (y político-criminal) de las últimas décadas suscita no sólo conflictos con principios fundamentales de la ciencia penal sino también serios problemas de legitimación del *ius puniendi*, de su fundamento y límites. El espectacular aumento del campo “jurisdiccionalizado” ha ocasionado una explosión judicial y el derecho, sobre todo el penal, por su “simbolismo”, tiende a transformarse en una “panacea”.¹⁰⁸

En su momento (cfr. *infra* Capítulo V) serán enfocados bajo la perspectiva del *principio de ofensividad* los diversos procedimientos utilizados para la anticipación de la protección penal (delitos de peligro abstracto, tutela de bienes jurídicos supraindividuales, delitos de tentativa y de emprendimiento, punición de actos preparatorios, delitos de intencionalidad específica etc.).

¹⁰⁸ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 143: “Les sociétés contemporaines connaissent un spectaculaire élargissement du champ de la juridicité, attesté par de multiples signes: l'apparition de nouveaux forayers de droit, au niveau européen et au niveau local, ou encore par l'institution d'instances de régulation indépendantes; l'explosion judiciaire, qui montre que les acteurs sociaux ont recours de manière croissante aux dispositifs de protection juridiques; la formulation des revendications sociales en termes de droits à conquérir ou de statut à obtenir; la demande de droit appelée par l'apparition de problèmes nouveaux, comme l'environnement ou la bioéthique (lois du 29 juillet 1994); l'élévation du niveau d'exigence par rapport à la norme, qui n'a plus seulement pour devoir d'assurer la liberté ou de veiller à la sécurité, mais encore «de traquer le risque, voire l'inconfort ou le simple désagrément» (G. Carcassonne, *Mélanges Braibant*, p. 38 sp., pour qui «l'Etat de Droit» tendrait à recouvrir «des tas de droits»...); le besoin croissant de sécurité et de protection, traduit par l'extension du champ de la responsabilité administrative ou pénale; la proclamation incessante de nouveaux «droits», droits-créances mais «sans provision» (G. Vedel), dont la portée est surtout symbolique. Tous ces phénomènes illustrent l'importance toujours plus grande du droit dans la vie sociale (J. Carbonnier, 1996): le passage par la norme juridique est considéré comme la garantie suprême pour mettre certains principes hors d'atteinte, stabiliser une situation, encadrer des comportements; le droit tend à devenir une «panacée», en se substituant aux autres modes de régulation pour résoudre les différents problèmes de société”.



Sin embargo, importa desde luego subrayar que la polémica relacionada con la referida anticipación¹⁰⁹ está hoy centrada en el *topos* *Risikostrafrecht* (“Derecho penal del riesgo”):¹¹⁰ por un lado están los que afirman que para una mejor protección (*in extremis*, para la *única* forma de protección o la más acabada y eficaz)¹¹¹ de algunos bienes jurídicos típicos de las “sociedades de riesgo”¹¹² (medio ambiente, orden económico o financiero, salud pública, drogas, etc.) el instrumento más adecuado sería el Derecho penal.¹¹³ Y la técnica de tipificación de esos delitos más compatible sería la

¹⁰⁹ Esa anticipación, cuando ilegítima, también significa la instrumentalización del Derecho penal para alcanzar finalidades que no le son propias y ello puede agravar el fenómeno de su hipertrofia: cfr. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo, Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 441.

¹¹⁰ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 81-90. En particular, afirma la autora (ob. ult. cit., p. 84), “el Derecho penal del riesgo se traduce en una pérdida de los criterios de imputación propios del Derecho penal liberal, la quiebra del principio de taxatividad de los tipos penales, y en la extensión inflacionista del Derecho penal, en gran medida a través de la creación de bienes jurídicos universales. Un Derecho así orientado tiene en los delitos de peligro, singularmente en los delitos de peligro abstracto –que dispensan de la prueba de una relación de causalidad a menudo incierta– su principal instrumento de actuación”. Aún sobre el Derecho penal del riesgo cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 60 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 21 y ss.

¹¹¹ Cfr. MAQUEDA ABREU, *La idea de peligro en el moderno Derecho penal: algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992*, *Actualidad Penal*, 1994, p. 487 y ss.

¹¹² La expresión, como se sabe, es del sociólogo alemán Ulrich BECK, que es autor del famoso *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne* (traducido por Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Rosa Borrás y publicado en España con el título *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, Madrid : Paidós, 1998). Sobre el candente debate respecto a las consecuencias de este modelo de sociedad: cfr. *Revista de Occidente*, n. 150, noviembre de 1993, donde el autor ha hecho una síntesis de su tesis (p. 19 y ss.). Cfr. aún: PÉREZ DEL VALLE, *Sociedad de riesgos y reforma penal. Poder Judicial*, 1996, p. 61 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 21 y ss.; ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 60-62.

¹¹³ Cfr. HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, *Revista Penal*, 1998, p. 38, que afirma: “En el actual discurso político el Derecho penal no vale tendencialmente como *ultima*, sino como *prima* o incluso como *sola ratio*”.

de *peligro abstracto*.¹¹⁴ El punto de referencia de la teoría de la pena que fundamenta el Derecho penal del riesgo, por su turno, es la estabilidad del sistema social: según la teoría de la *prevención de integración* el Derecho tiene la función de garantizar la orientación de acciones y la estabilidad de expectativas.¹¹⁵

Por otro lado, en cambio, existe un fuerte sector doctrinal que disiente de la hipertrofia del Derecho penal “moderno” o “del riesgo”, acentuando especialmente “los riesgos del Derecho penal del riesgo”.¹¹⁶

El debate sobre los límites del Derecho penal (de la anticipación de la tutela punitiva o de los límites de protección de bienes jurídicos) y particularmente sobre su (controvertida) idoneidad para alcanzar tareas que están mucho más allá de sus posibilidades¹¹⁷ es, así, de indiscutible actualidad. Será retomado en el Cap. V, pero desde luego cabe subrayar que en el centro de la controversia está la “Escuela de Francfort”

¹¹⁴ En sentido crítico a la utilización del peligro abstracto para la tutela de intereses difusos o colectivos cfr. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 84 y ss.

¹¹⁵ Cfr. ALBRECHT, El Derecho penal en la intervención de la política populista, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 474.

¹¹⁶ Cfr. HERZOG, Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo, *Revista Penal*, 1999, p. 54; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 88 y ss.; ALBRECHT, El Derecho penal en la intervención de la política populista, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 473 y ss.

¹¹⁷ Cfr. HERZOG, Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo, *Revista Penal*, 1999, p. 54, que afirma: “Es notorio que existen grandes esperanzas en la sociedad de que el Derecho penal puede parar la erosión de las normas y vínculos sociales... Como si el Derecho penal pudiera vencer al mal y apartar el casos mediante la violencia... no se puede decir [entre tanto] que el Derecho penal solucione los conflictos sociales... no es posible restablecer el orden social mediante la coerción externa y su instrumento fundamental, la violencia... impulsar la ‘procura existencial (Daseinsvorsorge)’ por medio del Derecho penal y la determinación del delito se lleva bastante lejos de la lesión del bien jurídico”.

(Hassemer, Naucke, Albrecht, Herzog, Prittwitz), que plantea la inidoneidad del Derecho penal para hacer frente a los típicos problemas de la denominada “sociedad de riesgo” (riesgos procedentes de la energía atómica, la industria química, uso de la tecnología genética etc.).¹¹⁸

3. Derecho penal clásico *versus* Derecho penal moderno: una aproximación crítica a las tendencias político-criminales “legitimadoras” de la excesiva intervención penal

a) Del Derecho penal liberal al “moderno” Derecho penal

El Derecho penal clásico liberal,¹¹⁹ de inspiración iluminista (Beccaria, Montesquieu, Condorcet, Pufendorf, Thomasius, Bentham, Lardizábal, Carrara etc.), es el responsable de la formación histórica de un Derecho penal destinado a tutelar los derechos fundamentales de la persona contra

¹¹⁸ El Derecho penal, frente a los riesgos de la moderna sociedad, ya no cumpliría una función de protección fragmentaria y subsidiaria de bienes jurídicos, sino que se transformaría en un instrumento de gobierno, un medio propulsor para alcanzarse las finalidades del gobierno. Su función sería entonces *promocional* (cfr. en sentido crítico DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 72, que afirma: “aunque el peligro o el riesgo constituye la noción - llave de la dialéctica de la ilicitud penal (...) no se puede pretender transformar el Derecho penal de los bienes jurídicos en un Derecho penal de los peligros”). Cfr. aún ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 61; ALBRECHT, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 473 y ss.

¹¹⁹ La Escuela Clásica así como la llamada Escuela ‘social’ [o sociológico-naturalista] del Derecho Penal son, según BARATTA, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*, *Pena y Estado*, 1991, p. 54, “el origen de una conexión funcional entre la concepción del Derecho como garantía del delincuente (La Magna Carta de VON LISZT) y del ciudadano que todavía no ha delinquido”.

las intervenciones coactivas del Estado y, además, con la posibilidad de cumplir la misión de reducción de la violencia, del despotismo y de la arbitrariedad.¹²⁰

En efecto, se ha desarrollado bajo la inspiración filosófica iluminista un conjunto de ideas *limitadoras* del ejercicio del poder punitivo estatal que es hoy un patrimonio universal y una verdadera plataforma de resistencia y crítica, basado en última instancia en algunos valores esenciales como son la dignidad humana, libertad y justicia.

Precisamente por ello no sólo cuenta con un valor inestimable en el momento reivindicativo de la política criminal (función de dirección), sino también que constituye en la actualidad, y una vez revitalizado por las modernas constituciones, la fuente primaria referencial y paradigmática para la crítica del “moderno” sistema penal (función crítica).¹²¹

Ese Derecho penal de tradición liberal y garantista fue construido dialécticamente con el propósito de cumplir una doble finalidad: 1.^a) servir de instrumento para la protección de bienes jurídicos (de derechos

¹²⁰ Cfr. ALBRECHT, El Derecho penal en la intervención de la política populista, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 472, que caracteriza el Derecho penal clásico así: “Las demandas de control dirigidas al Derecho penal son una manifestación de la sociedad moderna: por contra, en el Derecho penal clásico éste se explicaba fundamentalmente como medio para asegurar la libertad ciudadana contra la arbitrariedad de la justicia feudal. En la construcción ideológica, el Derecho penal era un mecanismo de defensa de los ciudadanos contra las intervenciones coactivas del Estado. En la persecución penal estatal todo debía ser predecible y estar libre de influencias políticas. La Ley se situaba en el centro del programa jurídico del Estado: quien gobierna es la Ley, no los hombres –en todo caso, ésa era la pretensión–.”

¹²¹ Sobre las funciones del conjunto de ideas de la Ilustración cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 58.

subjetivos, como se decía);¹²² 2.^a) servir de garantía para la libertad del ciudadano (frente a la intervención estatal).

La excesiva y abusiva intromisión del poder punitivo en la esfera de la libertad privada, que existía en el “Antiguo Régimen” y que continúa en la actualidad, puesto que el aumento de la criminalidad corre *pari passu* al aumento de la dureza represiva y del “antigarantismo” penal, comprueba la imprescindibilidad de la recuperación, aunque bajo nuevos planteamientos, sobre todo constitucionales, de la doctrina de la Ilustración.

Pese al carácter de instrumento violento, represivo, lo que se espera del Derecho penal es una utilización equilibrada, proporcionada, de tal forma que asegure la convivencia social con la punición “penal” exclusivamente de la conducta perturbadora de esa tranquilidad. Adoptados los clásicos principios liberales, sólo puede incidir la sanción penal cuando *necesaria*,¹²³ es decir, cuando otros medios no se presenten como más idóneos (*subsidiariedad*) y aun frente a los ataques más intensos o que causen al menos serio y concreto riesgo de daño (peligro concreto) para el interés tutelado (*fragmentariedad*).

Únicamente la lesión intolerable a las libertades aseguradas por el “contrato social” es la que justifica la intervención penal (*rectius*: es la que puede ser

¹²² Cfr. *infra* Cap. III, n. 2.1.

¹²³ El primer límite de la potestad prohibitiva del Estado, como subraya FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 465, “viene dictado por el principio de necesidad o de economía de las prohibiciones penales, expresado en el axioma A3, *nulla lex poenalis sine necessitate*, del que deriva, por exigirlo la legalidad de penas y delitos, no sólo el principio de la pena mínima necesaria, sino también el de la máxima economía en la configuración de los delitos –contenido en la tesis T20, *nullum crimen sine necessitate*... Por tanto –escribe HOBBS– una ley que no es necesaria, al carecer del fin que la ley se propone, no es buena. A lo que BECCARIA añade: ‘Prohibir una multitud de acciones indiferentes no es evitar los delitos que no pueden nacer, sino crear otros nuevos’”.

considerada delito). Por otra parte, es absolutamente imprescindible que el poder estatal sea delimitado estrictamente y que las múltiples formas de su injerencia en la libertad individual sea claramente descrita en ley (mandato de certeza).

El Derecho penal liberal, como se ve, está originalmente vinculado al modelo de Estado (burgués) de Derecho, y nace en el siglo XVIII no sólo con la finalidad de proteger los intereses individuales mediante la criminalización y punición de los ataques a las libertades, sino especialmente para la tutela del ciudadano delante de las injerencias del propio Estado.¹²⁴

Era un derecho fundado en la idea del contrato social, que concebía el hombre como sujeto de derechos naturales (vida, patrimonio, libertad) y el Estado como guardián de esos derechos. Se desconfiaba del Estado (Leviathán), en razón de su extraordinario poder, así como se desconfiaba del propio Derecho penal, porque si por un lado es un instrumento de protección de bienes jurídicos, por otro, no deja de ser una forma de violencia.

¹²⁴ Respecto de las características del Derecho penal clásico v. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 18-21. Con relación a la concepción de las libertades en el Estado liberal de Derecho cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 55: "Le premier aspect de la limitation du pouvoir réside dans la référence aux droits de l'homme. L'État de Droit implique en effet une certaine conception des rapports entre l'individu et l'État, qui sous-tend tout l'édifice juridique: non seulement la puissance de l'État trouve ses limites dans les droits fondamentaux reconnus aux individus, ce qui crée ainsi la possibilité d'une «*opposition au pouvoir fondée sur le droit*» (C. Lefort, «Droits de l'homme et politique», *Libre n. 7*, 1980, p. 25), mais encore elle a pour finalité même, pour justification ultime la garantie de ces droits; l'État de Droit repose en fin de compte sur l'affirmation de la primauté de l'individu dans l'organisation sociale et politique, ce qui entraîne à la fois l'*instrumentalisation de l'État*, dont le but est de servir les libertés, et la *subjectivisation du droit* (L. Ferry, A. Renaut, *Philosophie politique*, III, *Des droits de l'homme à l'idée républicaine*, PUF, 1985, p. 72), qui dote chacun d'un statut, lui attribue un pouvoir d'exigibilité et lui confère une capacité d'action".

Su intervención, en consecuencia, debe ser mínima y solamente cuando hay un acto (intolerable) de violación a un bien jurídico (*Verletzungshandlung*).¹²⁵ Era un tiempo en que se identificaba con toda claridad el autor del delito, el delito y la víctima que había sufrido un daño insoportable y visible.

Paradójicamente, sin embargo, como enfatiza Hassemer,¹²⁶ el *moderno Derecho penal* rompe con esa tradición en la medida en que la “consume” exacerbada y abusivamente, llevando hasta sus últimas consecuencias la premisa de la protección de bienes jurídicos, así como la idea de prevención, o también cuando la invierte radicalmente para transformar el Derecho penal de “última” a “*prima ratio*”, particularmente para “solución” de los más agudos y con frecuencia irresolubles problemas sociales (en el campo de la ecología, de los límites del derecho a la vida, de la genética, de la economía etc.).

Con el moderno e instrumentalizado Derecho penal¹²⁷ se consuma una serie de agresiones a los principios clásicos de la justicia penal como la intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad), legalidad, culpabilidad, necesidad, protección preponderante de bienes individuales, dañosidad de la conducta (ofensividad) etc. El “nuevo” Derecho penal ha producido una verdadera *discrasia*, es decir, se ha desviado de los

¹²⁵ Véase SCHEERER, A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), *Do caráter subsidiário do Direito penal*, 1998, p. 12, que proclama, con gran oportunidad, la enorme distancia entre el enseño jurídico (plasmado en los principios clásicos) y la vida real, donde imperan otros principios y criterios.

¹²⁶ Cfr. HASSEMER, Winfried, Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, publicado originalmente en *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 378 y ss.; ese artículo primero fue traducido por Francisco Muñoz Conde en 1993 (*Actualidad Penal*) y después fue reelaborado por el mismo traductor y pasó a componer la primera parte del libro *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 15 e ss.

¹²⁷ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 26.

conceptos ortodoxos y fundamentadores de la intervención punitiva, para adoptar conceptos desestructuradores y anómalos, que modulan el llamado Derecho “simbólico” o “retórico”.¹²⁸

Las principales *características de la modernidad*¹²⁹ *penal* entonces serían:¹³⁰ a) acentuada política de “criminalización”, más bien que de “descriminalización” (despenalización) y se sabe que esa expansión horizontal del Derecho penal ha empezado con la incriminación generalizada de las afectaciones lesivas mínimas, en flagrante menosprecio a los *principios de subsidiariedad y fragmentariedad*, y recientemente se ha incrementado con las incriminaciones típicas de la sociedad de conflictos o de riesgos (en el campo de la ecología, economía, finanzas, procesamiento de datos, genética, criminalidad organizada etc.); b) frecuentes y parciales alteraciones por el legislador de la Parte Especial del Código Penal o de las leyes especiales (ellas configuran el *locus* predilecto de las “novedades penales”) y c) aumento de los marcos penales de los delitos clásicos.

Podrían aún ser mencionadas como características del “moderno Derecho penal”: d) la protección institucional (o funcional) de bienes jurídicos (clara preferencia para los bienes jurídicos suprainvididuales – universales o colectivos/difusos, forjados muchas veces de forma vaga y porosa, en

¹²⁸ Cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.563.

¹²⁹ Se utiliza la palabra “modernidad” aquí en el sentido de que se trata de una nueva normalidad que se aleja de los criterios y tradiciones antiguos, pasados (cfr. SCHEERER, A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), *Do caráter subsidiário do Direito penal*, 1998, p. 12). Modernidad, así, significa hacer algo de forma diferente de lo que hacían los antepasados. En lo que atañe al Derecho penal, de instrumento (estático) de tutela de la libertad, se transforma en un (dinámico) instrumento de intervención social en manos del Estado.

¹³⁰ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 26-37; HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, *Revista penal*, 1998, p. 37 y ss.

detrimento de los individuales;¹³¹ con eso, el principio de la protección de bienes jurídicos deja de cumplir su papel originalmente pensado de límite “negativo” de la criminalización para asumir uno “moderno”, “positivo” que se concretiza en exigencias de intervención penal, a pesar de las escasas bases conceptuales); e) amplia utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto, lo que no sólo dificulta enormemente la defensa, al tiempo en que facilita la actividad de la *persecutio criminis*, sino que ha producido una “vanificación” del concepto de bien jurídico-penal. La multiplicidad, la contingencia y la inconsistencia de los bienes equivalen en realidad a una desvalorización de la idea misma de bien;¹³² f) menosprecio patente al principio de lesividad u ofensividad, lo que significa la difusión de los delitos de mera desobediencia a la norma.

A la ya extensa enumeración cabría añadir: g) la erosión del contenido de lo prohibido (no cumpliendo el mandato de taxatividad; desplazando los límites del contenido de lo injusto a difusos sectores de la administración pública –leyes penales en blanco– etc.) así como de la pena; h) uso del Derecho penal como instrumento de “política de seguridad” (en flagrante contradicción con su naturaleza subsidiaria); i) poca preocupación con los principios de igualdad y de proporcionalidad, para atender a una exacerbada preocupación *prevencionista* (ya no importa tanto retribuir proporcionalmente el mal causado, sino prevenir futuras perturbaciones, mediante la intimidación);¹³³ j) transformación funcionalista de clásicas

¹³¹ Cfr. en sentido crítico RAPOSO FERNANDEZ, La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.567.

¹³² Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 6.

¹³³ Sobre la evolución del Estado hacia un “Estado de prevención” véase DENNINGER, *Der Praventions-Staat*, apud BARATTA, Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica, *Pena y Estado*, 1991, p. 44, que señala: “En una confrontación con el modelo clásico, esta transformación significa que la seguridad de los

diferenciaciones dogmáticas (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia etc.) fundadas en la imputación objetiva y subjetiva del delito, incluso porque la imputación individual acaba constituyendo un obstáculo para la eficacia de la nueva Política Criminal.

Más allá de la interminable lista aún es válido mencionar: l) responsabilidad penal de la persona jurídica; m) endurecimiento de la fase ejecutiva de la pena; n) como consecuencia y para alcanzar la meta de la efectividad, profundas alteraciones en el área del proceso penal, casi siempre orientadas al aceleramiento del procedimiento, agilización de la instrucción y rapidez de la Justicia, con el corte de derechos y garantías fundamentales para facilitar la operatividad de la intervención penal.

b) Funcionalización y desformalización del sistema penal

Todas las características que acaban de ser citadas pueden, a lo mejor, ser reducidas a dos: *funcionalización* y *desformalización*, que son, en síntesis, los *trends* actuales que están marcando el Derecho penal del paso del segundo al tercer milenio,¹³⁴ caracterizado por la superación de la afirmación de von Liszt de que el Derecho penal debe ser la barrera infranqueable de la Política Criminal.

bienes jurídicos tiende a prevalecer (...) sobre la seguridad o 'certeza' del Derecho. El Estado preventivo es entonces el 'Estado de la Seguridad'".

¹³⁴ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, pp. 173-174. Aún sobre la funcionalización y desformalización del Derecho penal cfr. PÉREZ DEL VALLE, *Sociedad de riesgos y reforma penal*, *Poder Judicial*, 1996, p. 64 y ss; MUÑOZ CONDE, El "moderno" derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias, *La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339.

La penetración de la Política Criminal en el Derecho penal en este final de siglo (y milenio) es más que evidente,¹³⁵ pero, no predominantemente en un sentido “limitador”, sino opuestamente en el sentido “intervencionista” y no pocas veces autoritario (aumento de los delitos de peligro abstracto, predominio de los intereses preventivos, legislación simbólica etc.), que cuenta incluso con la posibilidad de expansión en la medida en que no le falta en general “legitimación” popular.¹³⁶

La “*desformalización*”,¹³⁷ en ese contexto, al consistir en la eliminación o disminución de las garantías tradicionales que fueron idealizadas para limitar la instrumentalización política del Derecho penal, no es más que una de las vías que posibilita la expansión antigarantista, fundada en la indeterminación de la norma, utilización de conceptos vagos, cláusulas generales, amplia discrecionalidad del juez en la delimitación del injusto y de la pena, incremento de los delitos de peligro abstracto, estandarización excesiva de deberes en el sentido de los delitos imprudentes y de omisión etc.¹³⁸

¹³⁵ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, especialmente p. 27 y ss., quien ha defendido la penetración de la Política Criminal en el Derecho penal y sobre todo en la teoría general del delito, desde planteamientos de una teoría preventiva de la pena.

¹³⁶ Sobre la influencia del funcionalismo en la expansión del Derecho penal cfr. infra en este Capítulo I, n. 3, in fine.

¹³⁷ Cfr. ALBRECHT, *Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 105-106, que destaca la desformalización tanto del Derecho penal como del procesal como fuente de erosión del sistema penal. Véase aún HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro, Revista Penal*, 1998, p. 38, que ha analizado la desformalización en diversos planos: de la instrucción, de los macroprocesos, de las investigaciones; MUÑOZ CONDE, *El “moderno” derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias, La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339.

¹³⁸ Cfr. ALBRECHT, *El Derecho penal en la intervención de la política populista, en La insostenible situación del Derecho penal*, p. 483.

Libertad de acción y flexibilización (o sea, *desformalización*)¹³⁹ son las dos exigencias de los órganos estatales que actúan en la “*persecutio criminis*”. Es que el formalismo no se concilia *pari passu* con la finalidad “preventiva”, es decir, de seguridad, que “purifica” prácticamente todos los medios probatorios, con la promesa de que en el futuro (para donde nos remite el Derecho penal de cuño exageradamente “prevencionista”) las cosas pueden cambiar eficazmente.

El Derecho penal “no puede ni debe actuar rápidamente sobre la situación presente, sino que es en el futuro cuando debe demostrar su eficacia, refutando con ello la posibilidad de una constatación empírica de sus consecuencias (...) el Derecho penal preventivo es un medio político ideal de pacificación, de actuación política; es instrumento absolutamente imprescindible en el arsenal de cualquier política”.¹⁴⁰

La flexibilización del Derecho penal y procesal, es decir, de los presupuestos de la punibilidad así como de las formalidades garantistas, estaría hoy presente¹⁴¹ (a) en la no-abertura del procedimiento principal para los que confiesen (pequeña y mediana criminalidad); (b) en la determinación de la culpabilidad; (c) en los acuerdos informales para la economía procesal; (d) en la ampliación del principio de oportunidad y diversificación; (e) en las transacciones entre acusado y víctima; (f) en la

¹³⁹ Véase ALBRECHT, Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 106.

¹⁴⁰ Cfr. ALBRECHT, Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 107.

¹⁴¹ Véase ALBRECHT, Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 108. En cuanto a la elección del paradigma de justicia criminal consensuada en el Derecho brasileño cfr. infra Cap. II, n. 7.

eliminación de las dificultades probatorias en la criminalidad organizada;
(g) agilización de la Justicia con base en decisiones discrecionales etc.

La desformalización del Derecho penal, además, perjudica sensiblemente el ámbito de su cognoscibilidad. Se ha eliminado prácticamente la característica de la “*certeza*” del derecho que, como ya señalaba Radbruch,¹⁴² implica una cuádruple dimensión: “(a) que el derecho sea positivo; (b) que sea seguro y fundado sobre hechos determinados, sin que sean necesarios juicios de valor sobre cláusulas generales; (c) que sean hechos practicables; (d) el derecho positivo no debe ser objeto de una legislación ocasional, que permita transformar el capricho en forma de ley; los ‘*checks and balances*’ de la doctrina de la división de los poderes son una garantía de la certeza del derecho”.

En cuanto a la garantía de la *legalidad en Derecho penal* (recogida en art. 25.1 de CE y art. 1.1 del CPE; art. 5.º, CB y art. 1.º, CPB), ¿qué duda cabe que debe ser dotada de todas las exigencias liberales, tanto tradicionales cuanto nuevas (*lex scripta, lex populi, lex certa, lex clara, lex determinata, lex proportionalis, lex stricta, lex praevia*) cuando en juego está la libertad personal?

Muy adecuada, sobre el tema, es la doctrina de Gimbernat Ordeig que afirma:¹⁴³ “Ciertamente que la comunidad, para proteger intereses jurídicos de suma importancia, puede restringir la libertad del individuo; pero esta intervención es de una trascendencia tal que el ciudadano puede exigir que se le digan con claridad cuáles son los comportamientos que llevan consigo

¹⁴² RADBRUCH. *Introduzione alla scienza del diritto*, p. 109.

¹⁴³ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG. *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 47.

una reacción estatal tan radical; puede exigir que se le garantice que no va a suceder que, de buenas a primeras, se encuentre sorprendido con que el Estado le prive de bienes tan fundamentales como la libertad o los honores, empleos y cargos públicos que tuviera el sujeto por acciones respecto de las cuales no se pudo informar antes de su comisión de que estaban prohibidas”.

Enseguida el mismo autor pone en relieve la garantía de la *lex populi*, *in verbis*: “Es también la gravedad de la sanción penal la que exige que el presupuesto de dicha sanción sea definido, no por una persona (el juez), sino por la representación popular en virtud de un proceso detenido y meditado como es el de la elaboración de una ley”. Para concluir: “Vemos, pues, que el principio de legalidad encuentra su justificación y su sentido en la importancia de los bienes jurídicos de la persona a que afecta la pena. Por eso, porque allí las consecuencias jurídicas no tienen tal trascendencia, el principio de legalidad no es un principio general del Derecho privado”.

Sea cual fuere el sector del ordenamiento jurídico, cuando de imposición de sanciones se trata, no hay duda que los límites fundamentales del principio de legalidad, que en este momento están aquí enfocados de manera incidental, deben ser enteramente preservados. Al menos en lo que se relaciona con su núcleo “duro” (*lex scripta*, *lex stricta*, *lex pravia*, *lex clara*, *lex determinata*, *lex proportionalis* etc.) no hay como permitir ningún tipo de transigencia.

Pero no basta, por supuesto, respetar el principio de reserva de ley en su sentido formal. Dibujar los contornos del delito de modo más o menos abstracto o mediante cláusulas generales o indefinidas, usar términos ambiguos, con múltiples significados, o exhibir un lenguaje pleonástico, y

remitir a leyes o reglamentos extrapenales para completar la integración de los elementos del tipo, son prácticas que atentan directamente contra el principio de legalidad penal.¹⁴⁴

Una de las más destacadas y graves consecuencias derivadas de la falta de certeza e inseguridad del Derecho penal reside, así, en la propia *configuración normativa del delito*.

Esa tendencia fue prevista por Sgubbi¹⁴⁵ al considerar el delito como un “riesgo social”, es decir, como una mera transgresión administrativa. Según sus palabras: “El delito es un riesgo porque en numerosos sectores de la vida económica y social la responsabilidad penal no se presenta como reproche a un sujeto por una elección de un comportamiento, es decir, como un castigo por la culpa del sujeto que, en lugar de comportarse ‘bien’, se ha comportado ‘mal’. La responsabilidad penal se plasma en base al simple hecho del ejercicio de una actividad lícita, ‘neutra’, del sujeto: tal actividad genera, *per se*, objetivamente, una responsabilidad penal del agente por la inobservancia, por la mera transgresión –aunque casual, accidental– de las prescripciones normativas dictadas por la disciplina administrativa de la actividad en función de un bien-fin a perseguir”.

¹⁴⁴ Cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.564, que añade ser la seguridad jurídica un valor constitucional (CE, art. 9.3). Los dos aspectos fundamentales del principio de legalidad (taxatividad y claridad) se ven oscurecidos por el nuevo código penal español (así COBO DEL ROSAL, Consideración general sobre el nuevo código penal, *La ley*, 1996, D-181, p. 1.332. También en sentido crítico con relación al nuevo Código penal cfr. MUÑOZ CONDE, El “moderno” derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias, *La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339-1.340; RODRÍGUEZ RAMOS, Un buen código para reformar, *La Ley*, 1996, D-185, p. 1.341-1.342.

¹⁴⁵ SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 47.

Otra “moderna” forma de crear incertidumbre en lo concerniente al ámbito de lo prohibido se verifica cuando la ofensa al bien jurídico se transforma en objeto de una negociación político-social,¹⁴⁶ es decir, cuando se forma un área de *licitud condicionada*, en razón del orden artificial en que se

funda. Los confines del lícito y del ilícito, en esos casos, dependen de acuerdo, negociación en torno del cumplimiento del complejo conjunto normativo administrativo. Y con ello la norma penal ya no funciona como imperativo de conducta, sino como referencia para un proceso de negociación social.¹⁴⁷

La crisis del Derecho penal podría ser sintetizada, en suma, en la crisis de la *norma penal*, comprendiendo tanto el presupuesto o supuesto de hecho (el contenido descriptivo del injusto o el “*an debeatur*” de la punibilidad) como la consecuencia o sanción (la dimensión o el “*quantum*” de la punibilidad).¹⁴⁸ Muchas veces estamos muy lejos de conocer los límites de la intervención estatal, aunque el tema ya haya preocupado los penalistas y

¹⁴⁶ Cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 28-29.

¹⁴⁷ Es justamente lo que ha pasado con la ley ambiental brasileña, que en atención a los reclamos de un sector de la sociedad ha fijado obligaciones de todo tipo para las empresas. Después de un proceso de negociación el Ejecutivo dictó la Medida Provisional 1.710/1998, concediendo plazos de hasta diez años para que las situaciones irregulares tengan solución. Hubo protestas de algunos sectores y entonces el plazo de adaptación a las nuevas reglas fue reducido a seis años. Considerándose el reflejo de la Medida Provisional en algunas figuras penales, algún sector de la jurisprudencia viene negando aplicación a la ley penal, que así está en dependencia de cumplirse el acuerdo celebrado entre el gobierno y algunas categorías de la producción económica. El ámbito del lícito y del ilícito está en la dependencia, en resumen, de un proceso de negociación.

¹⁴⁸ Sobre la estructura ‘lógica’ de la norma y las razones para la utilización de la terminología dominante, esto es, la que distingue entre ‘presupuesto’ y ‘consecuencia’, en lugar de ‘precepto’ y ‘sanción’ cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 164.

filósofos de la Ilustración en su pretensión de fijar barreras determinadas a la intervención estatal.¹⁴⁹ La realidad hoy es muy diferente de ese “ideal”.

La pena carcelaria, a pesar de que continúa siendo el epicentro del sistema punitivo, atraviesa una profunda crisis.¹⁵⁰ Pero más allá de la crisis de la pena carcelaria, lo lamentable es la imprecisión legislativa,¹⁵¹ que se incrementa cuando se constata la falta de actualidad de las partes especiales de los Códigos Penales,¹⁵² que reflejan concepciones culturales de otras épocas que poco tienen que ver con la actual. Las penas conminadas “in abstracto”, como efecto de esas valoraciones que con frecuencia no corresponden a los intereses hoy predominantes, chocan con lo que en este momento se cree justo o adecuado conforme a la Constitución.

El legislador, en lugar de proceder a una amplia adecuación de las sanciones conminadas, viene dando preferencia a la introducción en el sistema de instrumentos de corrección, de suavización, particularmente de la pena privativa de libertad. Con la finalidad de adecuarla a su naturaleza de “*extrema ratio*”, el camino recorrido hasta aquí ha sido el de abrir

¹⁴⁹ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 15 y ss.

¹⁵⁰ Cfr. GARCÍA VALDES, *Temas de Derecho penal*, p. 106-107, que señala: “... Y, sin embargo, la crisis de la reacción social prisional clásica se encuentra ahí. Los problemas que causa el internamiento son mayores y más graves que el mal que trata de evitar, en gran parte de las ocasiones. Las altas cifras de reincidencia, la huella indeleble y negativa que el internamiento deja en el hombre y el permanente desfase entre el principio programático-legal y la realidad cotidiana, colocan en entredicho todo el sistema. Ya no se trata de una simple corriente humanitarista que pretende otra reforma carcelaria: es la crítica profunda de todo el régimen desde el punto de vista de una política criminal moderna y adecuada a la efectiva prevención del delito”.

¹⁵¹ Véase NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 51 e ss., que sostiene la imperiosidad de la reforma del sistema de sanción penal para recuperar los valores de la legalidad, de la tipicidad y de la certeza de la pena, sin abandonar las medidas alternativas pero valorizando racionalmente la función de prevención especial.

¹⁵² Como es el caso de Italia y Brasil. Al menos en el plano formal, lo mismo no se puede decir de España, Francia y Portugal, que han promulgado nuevos códigos o actualizado el existente en fechas recientes (1994 y 1995).

espacios a la *discrecionalidad* del juez, tanto en el momento de cuantificar la pena aplicable, cuanto incluso en la etapa anterior de la elección de la pena.

Las penas (alternativas) “sustitutivas”¹⁵³ entran en ese amplio contexto de discrecionalidad de la pena, que pasó a ser una tarea más del juez que del legislador. Si por un lado concordamos con la suavización del sistema punitivo (especialmente porque la pena privativa de libertad, en incontables situaciones, aparece como excesiva), por otro, no se puede dejar de observar que la vía elegida para la operabilidad del objetivo pretendido muchas veces no ha sido la mejor.

No es que estemos refutando las penas alternativas “sustitutivas”, no es esa nuestra posición. Estamos de acuerdo con la idea de que existe espacio para ellas en el Derecho penal, pero, tal vez lo correcto fuera introducir las penas alternativas en el sistema ya en el momento mismo de la conminación “in abstracto”, porque así serían efectivas alternativas a la prisión, no sustitutivas.¹⁵⁴

El problema de la discrecionalidad tendencial de la pena (de su elección, aplicación y ejecución) no es tanto el hecho de que cabe al juez la misión de “tarifar” la sanción, sino el riesgo que ello trae consigo tanto de

¹⁵³ Sobre las penas sustitutivas en el nuevo Código Penal español cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, p. 115 y ss. En cuanto al Derecho brasileño véase GOMES, Luiz Flávio, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 89 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 411: “Medidas alternativas y sanciones sustitutivas no han sustituido en realidad a la pena de cárcel como penas o sanciones autónomas, pero se han sumado a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva. Una de las tareas más importantes que se impone a la actual reflexión filosófico-penal es por tanto la formulación, sobre la base de un pensamiento radical de la naturaleza de la pena, de un nuevo sistema de penas, alternativas a las vigentes: *penas alternativas*, téngase en cuenta –y no medidas alternativas–, aptas para satisfacer, como penas principales, el doble fin del Derecho penal dentro de una perspectiva de racionalización y de minimización del sistema sancionador”.

incumplimiento del principio de igualdad, como de incertidumbre de la pena. La pena ya no es la conminada como consecuencia del delito por el legislador, sino la que aplica concretamente el juez de modo nunca unívoco, especialmente cuando se sabe que una misma situación de hecho permite no pocas interpretaciones con distintas dimensiones y significados.

Primordialmente en la fase de ejecución, en virtud de innumerables medidas de suavización de la prisión (libertad condicional, suspensión de la ejecución de la pena, progresión en la forma de su cumplimiento, remisión etc.), se acentúa cada día el poder discrecional (y, en consecuencia, la inseguridad) sobre el “ser”, el “*quantum*” y el “*modus*” de la pena.¹⁵⁵ A todo ello aún hay que agregar el efecto “expansivo” de la legislación penal o al menos de la pena privativa de libertad, porque el legislador ya sabe previamente que la sanción conminada no es la que efectivamente será (totalmente) cumplida.

Un posible camino alternativo,¹⁵⁶ que puede recuperar la certeza en la aplicación de la pena y de los valores esenciales del Estado de Derecho (legalidad, igualdad, tipicidad, previsibilidad), tan buscados por los iluministas, pasa por dos iniciativas:¹⁵⁷ (a) una amplia reducción del “*quantum*” de las penas privativas de libertad, pero con la exigencia de integral ejecución; (b) el uso de los sustitutivos penales como único castigo frente a una gran parte de los delitos, renunciando a su actual papel.

¹⁵⁵ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 406 y ss.

¹⁵⁶ Véase NEPPI MODONA, *Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 69-70.

¹⁵⁷ En ese sentido véase FERRAJOLI, *Quattro proposte di riforma delle pene, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 45-47, que propugna por la recuperación de la correspondencia entre pena conminada, pena aplicada y pena ejecutada (en atención a la legalidad);

La funcionalización y desformalización del derecho encuentran también en el *ámbito procesal* un campo de fértil incidencia.

Carrara¹⁵⁸ subrayaba que el proceso penal “debe observar estrictamente el derecho de los honestos que quieren la represión; y también el derecho de los procesados, que desean no ser condenados sino cuando sea evidenciada su culpa (...); porque el magisterio penal debe ser protector y no violador del derecho; el rito procesal sirve a los honestos no sólo cuando les ayuda a descubrir al delincuente, sino también cuando les preserva de la posibilidad de ser víctima de error judicial; así como ayuda al acusado cuando impide que se le imponga un castigo que, excediendo la debida medida, sería antijurídico; todos los preceptos relativos al procedimiento penal, a la competencia, a la forma, a la defensa, a la libertad y a la amplitud de la discusión, y así también a la regularidad de la prueba e de la decisión, pertenecen al orden público, porque interesan a todos los ciudadanos y son instrumentos de la protección del derecho, [en el cual] reside la razón de ser de la autoridad social y la legitimidad del gobierno que los pocos ejercitan sobre muchos”.

La eficacia del sistema penal *a latere* de la preocupación excesiva con la “finalidad de prevención” (de control) está en el centro del moderno Derecho penal y no se concilia, en general, con las formas garantistas típicas del Estado de Derecho. La “desformalización” del derecho, particularmente del Derecho penal, se hace también a través de la

de otro lado, que la pena alternativa ya en la conminación entre en el lugar de la pena privativa de libertad, en las hipótesis posibles.

¹⁵⁸ CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, p. 34.

eliminación o reducción de garantías del acusado.¹⁵⁹ La flexibilización (del proceso, del procedimiento, de la defensa etc.) denota un claro indicio de la dimensión expansiva del Derecho penal.¹⁶⁰

El sistema “colaboracionista” de justicia penal es otra evidencia de que los partidos políticos, conforme a sus premisas político-criminales, lo que más buscan son medidas de aceleración de la justicia, pero a cualquier precio, aunque signifique un abandono de la cultura del proceso penal del Estado de Derecho.¹⁶¹

En razón de la hipertrofiada dimensión del Derecho penal era y es previsible que la falta de eficacia del sistema represente serio riesgo para las garantías procesales.

En el derecho procesal está presente cada vez más la *dogmática de la ponderación*,¹⁶² que confiere especial atención a los intereses generales o preventivos, es decir, a la eficacia y a la economía procesal, en detrimento de los intereses privados de los acusados y sus derechos.

¹⁵⁹ Sobre los actuales *trends* del Estado, de la sociedad y especialmente del “Derecho penal por el producto” v. HASSEMER, *Questioni giuridiche relative alla “responsabilità penale per il prodotto”, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 131 y ss. (de entre tales tendencias el autor cita la ampliación de la responsabilidad objetiva, la quiebra de la certeza de la norma penal, excesiva preocupación preventiva etc.). Unas páginas más adelante (p. 138-139) advierte: “No con la intimidación de todos los que son inclinados a la práctica de delitos, sino con la información de todos los ciudadanos es que el Derecho penal puede cumplir sus finalidades preventivas (...) así pueden los ciudadanos interiorizar el mensaje penal y orientarse conforme al Derecho: esta es una perspectiva preventiva de un moderno Derecho penal en una sociedad de ciudadanos responsables, que quieren ser convencidos, no intimidados por el Derecho penal”.

¹⁶⁰ Cfr. ALBRECHT, *Erosione del Diritto penale dello Stato di diritto, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 117, que indica el aumento extraordinario del “patteggiamento” en los últimos años como dato que no se puede dejar de tener en cuenta (922.906 casos en 1980; 878.305 casos en 1990).

¹⁶¹ Sobre la involución del sistema penal actual cfr. MOCCIA, *Aspetti involutivi del sistema penale, Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 264 y ss.

¹⁶² Cfr. ALBRECHT, *Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 106.

En una encuesta llevada a cabo en Alemania¹⁶³, por ejemplo, se constató la tendencia flexibilizadora del Derecho Procesal en las siguientes propuestas: (a) la extensión de las reglas de “archivamiento” del procedimiento; (b) la expansión del procedimiento por decreto; (c) limitación de las reglas probatorias; (d) limitación de los medios de impugnación.¹⁶⁴

Como ejemplos (y síntesis) del excesivo intervencionismo penal podrían ser citados no sólo el Código penal español de 1995¹⁶⁵ sino también y sobre todo la legislación penal brasileña de los años 90.

En razón de la acentuada preocupación de éste último legislador de encontrar respuestas inmediatas a graves problemas sociales, incluyendo el de la inseguridad individual y colectiva, que genera una fuerte demanda de “políticas criminales duras”,¹⁶⁶ nunca se vieron tantas leyes penales dictadas bajo la inspiración del movimiento de la *Law and Order*,¹⁶⁷ con las siguientes características: a) alteración de los marcos penales, con graves ofensas al principio de la proporcionalidad (en lo concerniente al derecho brasileño: Leyes 8.072/90, 9.677/98 etc.); b) creación de nuevos tipos

¹⁶³ Véase ALBRECHT, Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 119.

¹⁶⁴ Cfr. ALBRECHT, Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 120 y ss.

¹⁶⁵ Cfr. sobre el nuevo Código Penal español, entre otras, las valoraciones críticas de GIMBERNAT ORDEIG, Diatriba del nuevo código penal, *La Ley*, 1996, p. 1.334 y ss. (D-183) y MUÑOZ CONDE, El “moderno” Derecho penal en el nuevo código penal. Principios y tendencias, *La Ley*, 1996, p. 1.339 y ss. (D-184).

¹⁶⁶ Sobre ese modelo paleorrepresivo de política criminal y su comparación con el modelo consensual, v. GOMES (Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 70 e ss.).

¹⁶⁷ FRANCO (Alberto Silva, *Crimes hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90*, 1994, p. 32 y ss.) La década de 90, en Brasil, fue regida primordialmente por una política criminal “dura”, pero paradójicamente también fue en esa década que fueron editadas dos leyes ampliamente despenalizadoras: 9.099/95 –que permitió la creación de los Juzgados Especiales Criminales– y 9.714/98 –que amplió la posibilidad de aplicación de las penas alternativas (sustitutivas).

penales (Leyes 9.455/97, 9.613/98 etc.); c) transformación de algunos delitos en “hediondos” (Leyes 8.930/94, 9.695/98),¹⁶⁸ para someterlos a un “particularismo jurídico” duro, ejemplar.

Otras características son: d) endurecimiento de la fase ejecutiva de la pena (Ley 8.072/90: cumplimiento total de la pena en régimen cerrado); e) recorte de derechos y garantías fundamentales (Leyes 8.072/90: prohibición de libertad provisional; 9.613/98: inversión de la carga de la prueba, prohibición de aplicación del art. 366 del CPP;¹⁶⁹ 9.034/95: prohibición de libertad provisional, del derecho a recorrer en libertad;¹⁷⁰ creación del juez inquisidor, en flagrante violación al principio de imparcialidad¹⁷¹ etc.); f) ampliación de las hipótesis restrictivas de la libertad (creación de prisión temporal, ampliación del tiempo de prisión temporal, restricciones a la libertad provisional, impedimentos de fianza etc.).¹⁷²

¹⁶⁸ Son delitos “hediondos” según la legislación penal brasileña: el homicidio agravado, extorsión, extorsión mediante secuestro, violación etc. Son delitos ya previstos en la legislación penal tradicional a los cuales el legislador agregó la “etiqueta” de hediondos (execrables) para dotarles de un régimen jurídico especial.

¹⁶⁹ Con la siguiente redacción: “Si el acusado informado personalmente de los términos de la acusación, no comparece ni tampoco constituye abogado, quedarán suspensos el proceso y el curso del plazo prescricional, cumpliendo al juez determinar la producción anticipada de pruebas consideradas urgentes y, cuando el caso, decretar prisión provisional, en los términos de lo dispuesto en el art. 312 [del CPP]”; V. GOMES (Luiz Flávio, *Lei de lavagem de capitais*, escrito en conjunto con Raúl Cervini y William Terra de Oliveira, p. 343 e ss).

¹⁷⁰ V. GOMES, Luiz Flávio, *Crime organizado. Enfoque criminológico, jurídico –(Lei 9.034/95) e político-criminal*, escrito en conjunto con Raúl Cervini, p. 171 e ss.

¹⁷¹ V. GOMES (Luiz Flávio, *Constitucionalidade dos poderes inquisitivos do juiz. STF abre caminho para o juiz “político”, Os 10 anos da Constituição Federal*, coord. de Alexandre de Moraes, 1999, p. 13 e ss).

¹⁷² Respecto de esa tendencia rigurosa del legislador pos-Constitucional, v. FERNANDES, (Antonio Scarance, *Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal, Os 10 anos da Constituição Federal* (coord. de Alexandre de Moraes), 1999, p. 224-227). Véase aún: GOMES, Luiz Flávio, *Crime organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, p. 33 e ss.

c) *El Derecho penal “moderno” es tendencialmente preventivo (Präventionsstrafrecht): enfoque crítico*

En algunos sectores de la jurisprudencia actualmente se advierte una clara tendencia garantista que se pone contra la utilización abusiva de los delitos de peligro abstracto.¹⁷³ Pero no es eso lo que ocurre en general con las decisiones político-criminales del “moderno” legislador que conforme a una concepción subjetiva o “prevencionista” exorbitante¹⁷⁴ está cada vez más preocupado en anticipar la tutela penal,¹⁷⁵ utilizando técnicas legislativas diferentes de la lesión o del concreto peligro para el bien

¹⁷³ Cfr., por ejemplo, la S. de 27.05.1994, ponente BACIGALUPO ZAPATER (in SILVA SÁNCHEZ, *Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo español*, RBCCrim, 1996, p. 45), en que afirma “... la Sala no puede compartir los reparos teóricos del Ministerio Fiscal respecto de la interpretación teleológica, dado que en el fondo tiende a convertir los delitos de peligro abstracto en delitos de pura desobediencia o, dicho en una antigua terminología, en delitos formales. Si el legislador ha considerado que los delitos de tráfico o favorecimiento de la difusión de drogas son hechos punibles ‘contra la salud pública’, es indudable que su voluntad sólo será respetada en la medida en que la rúbrica de la ley no sea soslayada...”. Con relación a Italia, cfr. la S. 333, de la Corte Constitucional que hace referencia a la necesidad de el juez en el caso concreto analizar la ofensividad de la conducta del agente (MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 316).

¹⁷⁴ Cfr. ALBRECHT, *El Derecho penal en la intervención de la política populista*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 474, que señala: “Los mecanismos formales y materiales del Derecho penal están orientados, cada vez más, a la víctima, de acuerdo con el pensamiento de la eficiencia preventiva. La finalidad de la limitación preventiva del riesgo justifica todos los medios de intervención estatal, desde los medios de investigación encubiertos hasta las escuchas en viviendas. Uno de los rasgos típicos del Derecho penal del riesgo es también la inclusión de lo que no es sospechoso en las medidas de comprobación estatales. No es el autor, sino los grupos sociales o las condiciones de vida lo que está bajo sospecha”.

¹⁷⁵ Que es enfocada como consecuencia de la “dinamización de los bienes jurídicos” por DENNINGER (citado por BARATTA, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*, *Pena y Estado*, 1991, p. 45, quien revela la tendencia también al desarrollo hacia una personalización de la antijuridicidad, de los elementos subjetivos y normativos y la concepción del Derecho penal no sólo de la conducta, sino especialmente de autor).

jurídico, especialmente cuando se trata de los nuevos bienes “mediatos”, funcionales, instrumentales o ficticios.¹⁷⁶

Con precisión ha observado Hassemer¹⁷⁷ que “las modernas reformas de la parte especial tienden a conceder amplio espacio a la *Vorfeldkriminalisierung*”, cuya primera consecuencia es la transferencia por parte del legislador al juez del deber de determinar el bien jurídico protegido (aquí se puede apreciar una especie de “jurisdiccionalización” del bien jurídico),¹⁷⁸ con la posibilidad de ampliar el ámbito de lo punible (es decir, de los delitos de peligro),¹⁷⁹ sea porque no se identifica ningún bien jurídico en concreto, sea porque resulta muy extensa e ilimitada su determinación.

En los últimos años, entonces, y otra vez la advertencia es de Hassemer,¹⁸⁰ “la posición de la protección de los bienes jurídicos en el Derecho penal se ha ido desplazando de manera imperceptible. Se ha ido pasando de una tendencia crítica frente al Derecho penal, y despenalizante, a un contexto

¹⁷⁶ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperatrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 55.

¹⁷⁷ Cfr. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”*, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 369.

¹⁷⁸ En un Derecho penal de cuño garantista es siempre censurable esa disfuncionalidad precisamente porque se sabe que el juez al tener que desarrollar una función anómala ni siempre tiende a hacerlo satisfactoriamente. Ello significa un gran riesgo de ampliación de la intervención penal.

¹⁷⁹ Sobre ese riesgo de ampliación de la aplicabilidad de los delitos de peligro cfr. HASSEMER, *Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”*, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 369.

¹⁸⁰ Cfr. HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, 1989, p. 277.

criminalizante y en el cual se justifica el Derecho penal... La legislación penal moderna de la parte especial del Código Penal y leyes complementarias criminaliza esencialmente delitos de víctimas difusas. La economía, el medio ambiente, el abuso de drogas o del procesamiento de datos son los campos en los cuales el legislador penal moderno desplegará su actividad reguladora. El instrumento adecuado a la conformación de estos delitos son los delitos de peligro abstracto”.

Esto significa —continúa el autor citado—, desde luego, “un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad: en vez de una víctima visible, en vez de un daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa”. Y, por otro lado, “desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del Derecho penal y la función preventiva y “proactiva” de la policía. Se crean delitos de desobediencia y se impide el desarrollo de formas alternativas de control social.¹⁸¹

El moderno Derecho penal, así, en reiteradas ocasiones, desatiende los postulados materiales del modelo político criminal más adecuado al Estado Constitucional de Derecho, especialmente el de la *ofensividad*. Por ello, “el lema ya no es la protección de intereses humanos concretos, sino la protección de instituciones sociales o ‘unidades funcionales de valor’: el

¹⁸¹ Así, HERZOG, Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo, *Revista Penal*, 1999, p. 55, que añade: “El encarnizado ataque jurídico penal contra los síntomas de la desorganización social, por lo demás, sólo calma los miedos de la población a corto plazo, pero a la larga aumenta la crisis de confianza en el Estado... a un ritmo semestral se discute sobre nuevas adaptaciones y medidas para endurecer el Derecho penal. Asistimos a trueques políticos indignos, debates con ejemplos bizarros, arreglos sórdidos, pero ningún impulso real hacia una solución de los problemas sociales planteados... La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social”.

funcionamiento de los sistemas subvencionales, de procesamiento de datos o de crédito; el medio ambiente; la salud pública. El problema es que los bienes de protección de esta calidad conceptual no permiten criticar un tipo penal por su excesiva amplitud”.¹⁸²

En una sociedad en que la “sensación social de inseguridad” es la característica más perceptible,¹⁸³ sobre todo porque el hombre todavía no tiene completo dominio de todas las tecnologías que él mismo ha inventado, no hay duda que el discurso de varios sectores sociales y doctrinales tiende a reivindicar más Derecho penal y anticipación máxima de la tutela.

Sin embargo, esas razones de seguridad no parecen ser suficientemente legítimas como para abandonar las tradicionales garantías del Derecho penal (particularmente la del principio de ofensividad). Esto no significa, de ningún modo, que los intereses citados no necesiten tutela. Deben ser protegidos, pero sólo secundariamente por la sanción penal. Existen otras formas de tutela, quizá más efectiva que el Derecho penal (Derecho Administrativo, Civil etc.).¹⁸⁴

¹⁸² Así HASSEMER, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, *Doctrina penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, 1989, p. 279-280. Pese a la amplitud de los bienes supraindividuales, la verdad es que de ellos en la actualidad no se puede prescindir. Su protección es legítima, desde que plasmada en términos de una concreta lesividad: cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 183 y ss. y 213 y ss.

¹⁸³ Así SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 24 y ss.

¹⁸⁴ Cfr. la propuesta de HASSEMER (Perspectivas del Derecho penal futuro, *Revista Penal*, 1998, p. 40) en torno al derecho de intervención (*Interventionsrecht*) que debería tener las siguientes propiedades: “aptitud para solucionar el problema antes de que se produzcan los daños (capacidad de prevención); disponibilidad no sólo sobre los medios de actuación o su uso, sino también sobre los de control y dirección; cooperación de demarcaciones hasta ahora bastante separadas: Derecho

Ahora bien, sobre todo cuando el legislador conmina una pena privativa de libertad, por cuestiones de proporcionalidad, no se puede prescindir de unas exigencias y garantías cualificadas.¹⁸⁵

Lo que no se puede olvidar jamás, siempre que se pretende otorgar protección “penal” a un bien jurídico, es el doble aspecto garantista del Derecho penal, que está racionalmente construido no sólo para proteger bienes jurídicos de los ciudadanos contra la violencia de terceros, sino también al mismo ciudadano contra las violencias inherentes al uso de la fuerza punitiva por el Estado.¹⁸⁶

El peligro abstracto, en consecuencia, como reconoce una parte de la doctrina, es “una técnica que presenta problemas y además no puede estar

administrativo, infracciones administrativas, Derecho de responsabilidad por daños derivados de hechos ilícitos, Derecho sanitario, Derecho de medicamentos, Derecho fiscal, Derecho del trabajo. cuyas garantías son aplicables a las posibilidades de actuación derivada de es Derecho de Intervención”.

¹⁸⁵ Según SILVA SÁNCHEZ (Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, *Actualidad Penal*, 1998, p. 447), existe “estrecha relación entre la gravedad de las consecuencias jurídicas de un sistema de ilícitos y el grado de intensidad de las garantías exigibles en el seno de dicho sistema. En efecto, si la exigencia de especiales garantías, y las substanciales diferencias en cuanto a las reglas de imputación conectan a la imposición de una pena privativa de libertad... ha de conectarse a un juicio sobre la gravedad cualificada del injusto: lesión de un bien jurídico-penal, afectación individual. Cabe que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impongan penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilicen los criterios de imputación... En esa línea cabe situar probablemente el “*Interventionsrecht*” propugnado por HASSEMER y otros autores... Dicho Derecho sería menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero, a la vez, dispondría de sanciones menos intensas”. Cfr. en cuanto a la flexibilización de las garantías en el ámbito de un Derecho penal de la Intervención CID MOLINÉ, Garantías y sanciones: argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas, *RAP*, 1996, p. 131 y ss.

¹⁸⁶ No es correcto hablar en fin del Derecho penal, sino “fines” contrapuestos que están en constante tensión (así: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 179 y ss.).

reñida con el principio de realidad. Si la seguridad es tan importante con relación a los bienes jurídicos de la vida y la salud, la solución más correcta para asegurar su protección sería la prohibición de todo tipo de actividades arriesgadas.

“Plantear esto en nuestras sociedades con relación a la vida y la salud está tan lejos de la realidad como el pretender que la única solución en el ámbito económico sea la punición de comportamientos abstractamente peligrosos. [Desde el paradigma de la ofensividad] no se puede pretender que los delitos de peligro abstracto cumplan una función reguladora –como está sucediendo en muchos casos–, no se puede pretender regular el desarrollo ordenado de determinadas actividades peligrosas exclusivamente por medio de ellos. No es ésta la función propia del Derecho penal y, sobre todo, no lo es a costa de la violación de los principios que lo legitiman”.¹⁸⁷

El Derecho penal entendido como *prima ratio* viola el principio de intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad) y, en la mayoría de las veces, comprueba la ineficacia del Poder Público para hacer frente a los complejos problemas inherentes a la sociedad postindustrial. Quien no cuenta con un desarrollado programa de actuación social y de prevención, tiende hacia la salida más cómoda y simbólicamente más efectiva que es la “huida hacia el Derecho penal”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 161.

¹⁸⁸ Y justo en el momento en que, en el derecho comparado (Alemania, p. ej.) ya se percibe un regreso al Derecho administrativo sancionador en materia de protección ambiental: cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.570.

En resumen, la técnica del peligro abstracto (o presunto o potencial o posible) viola el principio de ofensividad, porque permitiría la sanción penal única y exclusivamente con base sólo en el desvalor de la acción o en una valoración hipotética del legislador de que determinada conducta es peligrosa, sin considerar si realmente lo ha sido, de tal forma a colocar en concreto riesgo el singular bien jurídico tutelado por la norma penal.

Y cuando prevé la pena privativa de libertad viola flagrantemente también el principio de proporcionalidad (en razón de la enorme distancia que existe entre el valor de la libertad y el nivel de la infracción, muy alejada de cualquier ofensa a bienes jurídicos ajenos, es decir, a la libertad ajena).

Tampoco el principio de ofensividad es compatible con la mera “desobediencia” a una norma, que es lo que ocurre en el peligro abstracto/presunto o incluso en los delitos de “aptitud”.

En un Estado Democrático de Derecho, como bien observó García Rivas,¹⁸⁹ “... el fundamento de la antijuridicidad no puede dirigirse hacia el autor desobediente, sino hacia el hecho lesivo. El principio de ofensividad de la acción, como corolario del principio de legalidad, constituye una barrera infranqueable de la interpretación de los tipos penales. Sólo el hecho ofensivo es antijurídico, no así el ‘autor ofensivo’ que realiza una conducta no peligrosa respecto al bien jurídico protegido”.

La conducta, en contra de lo que alguna vez ha decidido la *Corte di Cassazione Sezioni Unite* en Italia,¹⁹⁰ no puede estar iluminada

¹⁸⁹ GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 151.

¹⁹⁰ Sentencia de 19.06.1957, citada por GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 161.

exclusivamente por la voluntad del agente. No es únicamente la intención del autor la que debe subsistir para que se dé la dirección requerida por la norma. La esencia del delito no reside pues en una violación de una prohibición o de un imperativo legal, sino en la ofensa efectiva al bien jurídico protegido. El peligro concreto, como mínimo, es el nivel que no puede ser sobrepasado. En un Derecho penal de la ofensividad no se puede hablar de delitos de mera desobediencia, sin ninguna consideración a la afectación del bien jurídico.

El tipo penal, como consecuencia de lo anteriormente expuesto, debe expresar de modo claro la ofensa (*nulla lex sine iniuria*), sea en la forma de lesión, sea en la de peligro. Y el único peligro que justifica la intervención “penal” es el concreto, incluso por razones de proporcionalidad (sin embargo, es cierto que normalmente el legislador no se siente intimidado al utilizar la técnica del peligro abstracto y al mismo tiempo imponer la sanción privativa de libertad).

No se puede olvidar que “un Derecho penal de signo totalitario prefiere anticiparse y castigar las manifestaciones de la voluntad ‘infidel’ del individuo, las infracciones de “‘deberes jurídicos’ o exteriorización de una ‘voluntad rebelde’ aunque ésta no hubiera creado una situación objetiva de lesión o puesta en peligro de bien jurídico alguno”.¹⁹¹ De ahí que el Derecho penal de cuño liberal y democrático sólo se justifique cuando esté orientado a la protección de bienes jurídicos esenciales y frente a lesiones o peligros reales para los mismos.

¹⁹¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 267.

Es cierto que el criterio de ofensividad, por no llegar a cuantificar el daño que justificaría la prohibición penal, está dotado de imprecisión o ambigüedad. De todos modos, es precisamente debido a esa imprecisión que se le impone “a la ciencia y a la práctica jurídica la carga de tal demostración”.¹⁹²

Son, por supuesto, el legislador, en el momento de criminalizar, y el juez, en el momento de juzgar, los que están encargados de la tarea de constatar la efectividad de la lesión para dotar de razonabilidad la injerencia penal. Y siempre que ausente esa (intolerable) ofensividad, no hay duda que el instrumento del Derecho penal es inapropiado.

Pese a todos los problemas de legitimación y los conflictos que suscitan con principios estimados esenciales al modelo garantista de Derecho penal, la tendencia a la “criminalización en el ámbito previo”, particularmente el uso de la técnica del peligro abstracto, no es absolutamente nueva, sino fruto de una evolución progresiva. Del tradicional Derecho penal del hecho ofensivo a un derecho subjetivo se ha pasado a un Derecho penal de la peligrosidad o de orientación “subjetiva” o funcionalista.¹⁹³

El primer cambio destacado de orientación ocurre con el positivismo criminológico (Lombroso, Garófalo, Ferri):¹⁹⁴ del Derecho penal del hecho se pasa a un Derecho penal de autor. En esta línea de “subjetivización” del Derecho penal surgirían otros movimientos político-criminales que

¹⁹² Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 467.

¹⁹³ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 20-33 y 79-99.

¹⁹⁴ Sobre el positivismo criminológico cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 317 y ss.

históricamente “legitiman” la anticipación de la tutela penal. Así, por ejemplo, la teoría subjetiva de la tentativa, según la cual el fundamento de la punición de la tentativa radica en la “voluntad manifestada contraria al Derecho”, es decir, exclusivamente en el desvalor de la acción.

En consecuencia, la punición de la tentativa se amplía, los actos preparatorios pasan a ser castigados, la tentativa es equiparada a la consumación y la tentativa imposible es penalmente punible (así manifestó el Tribunal imperial alemán –*Reichgericht*– en 1880). Esa concepción subjetiva pura del injusto desconsidera por completo el desvalor del resultado, que sería una simple condición objetiva de punibilidad. También en esta línea del injusto subjetivo se posiciona el finalismo de Welzel (teoría del injusto personal fundado nuclearmente en el desvalor de la acción), la teoría de la impresión (Jescheck) o incluso la teoría de la peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción (Mir Puig y otros).¹⁹⁵

Sin embargo, es el régimen nacionalsocialista alemán que adopta abiertamente la técnica de la anticipación de la tutela penal, transformando completamente el Derecho penal liberal. Además de abandonar los principios fundamentales del Derecho penal clásico, se transforma el Derecho penal de la lesión (*Verletzungstrafrecht*) en un Derecho penal del peligro (*Gefährdungstrafrecht*) o de la voluntad (*Willensstrafrecht*) o incluso de la actitud (*Gesinnungstrafrecht*). El delito pasa a ser concebido como infracción de un deber de fidelidad del individuo.¹⁹⁶ Del Derecho

¹⁹⁵ Cfr. infra Cap. V.

¹⁹⁶ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p 31.

penal del hecho y de la culpabilidad por el hecho o responsabilidad por el hecho concreto se pasa al tristemente célebre Derecho penal de autor.¹⁹⁷

Las orientaciones político-criminales que “legitiman” la anticipación de la tutela penal, sin embargo, no provienen exclusivamente del “subjetivismo” penal. También desde una concepción objetiva u objetivo-subjetiva del injusto se han ofrecido elaboraciones legitimadoras del adelantamiento de la barrera penal. Según Sánchez García de Paz¹⁹⁸ son muchas las tendencias que aquí se agrupan y muchas veces en la práctica aparecen entrelazadas:

(a) “las concepciones teleológicas del injusto que parten de la asignación a la pena de fines preventivo-generales y de la convicción de que éstos deben orientar la teoría jurídica del delito; se trata de la denominada dirección ‘teleológica’ o ‘funcionalista’ o racional-final (*zweckrational*), que fue desarrollada por Roxin (1970) y que reivindica la unidad sistemática entre Política Criminal y Derecho penal”;

(b) “la absolutización de los fines de prevención general negativa de la pena desemboca en una intervención jurídico-penal orientada por fines preventivo-policiales; “el fin parece justificar los medios cada vez más”;

¹⁹⁷ Conforme LUZÓN PEÑA, Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, p. 74-75, “el Derecho penal de autor como tal, en su configuración pura, es reivindicado y patrocinado por la escuela nazi, la escuela de Kiel, a finales de los años veinte y durante la década de los treinta y la primera mitad de los cuarenta, con representantes destacados como DAHM o SCHAFFSTEIN, y por algunos autores alemanes o de otros países, que mostraron sus simpatías, mayores o menores, por dicha forma de entender el Derecho penal... lo fundamental es la peligrosidad por su modo de conducta o de vida en general, lo que se llamó culpabilidad por la conducción de vida, o por el modo de comportarse el sujeto a lo largo de su vida, por su carácter, su actitud interna, sus móviles o su forma de pensar, y no tanto por lo que hace; en suma, que se pueden formular juicios de peligrosidad en un sentido o en otro, y proceder consecuentemente”.

¹⁹⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 81 y ss.

este mismo efecto se produce en la construcción dogmática del delito a partir de la teoría funcionalista de la prevención general positiva (Jakobs);¹⁹⁹

(c) “la absolutización del principio de protección de bienes jurídicos”;

(d) “la construcción de la dogmática penal en función de las necesidades de una sociedad moderna caracterizada como una “sociedad de riesgo”;

(e) “la línea dogmática que absolutiza el papel del desvalor objetivo de la acción (la peligrosidad de la acción) en el ámbito del injusto en detrimento del desvalor de resultado (la lesión o puesta en peligro del bien jurídico)”.

De este modo, aisladamente o combinadas, han conducido a la construcción de un Derecho penal decididamente preventivo (*Präventionsstrafrecht*), que interviene básicamente ya en el momento del peligro para el bien jurídico e incluso en estadios anteriores y desemboca fácilmente en una utilización meramente simbólica de la legislación penal (Derecho penal simbólico o *Symbolisches Strafrecht*).²⁰⁰

Ahora bien, “si no se quiere quebrar el Derecho penal del Estado de Derecho, éste debe únicamente mantenerse replegado al margen de la función de control preventivo general que se le está atribuyendo –y no sólo

¹⁹⁹ En sentido crítico a esa visión del Derecho penal que favorece la idea de que él puede solucionar los grandes problemas sociales cfr. HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, *Revista Penal*, 1998, p. 38; MUÑOZ CONDE, *El “moderno” derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias*, *La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339.

²⁰⁰ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 96. En sentido crítico al funcionalismo cfr. HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 275 y ss.

por parte de política diaria—. Ello no significa la renuncia al control jurídico, sino la vuelta hacia las formas y los medios de control jurídico adecuados y razonables de que disponen el Derecho civil, el Derecho administrativo y el Derecho de la seguridad social. Sobre todo: el desacierto de la política estructural nunca puede ser compensado a través del Derecho penal”.²⁰¹

4. Consecuencias del “moderno” y hipertrofiado Derecho penal

Las tres principales y drásticas consecuencias del moderno y hipertrofiado Derecho penal, conforme Hassemer/Muñoz Conde serían:²⁰² 1.^a) el riesgo de un acentuado déficit operacional (inoperatividad);²⁰³ 2.^a) el peligro de que el Derecho penal cumpla una función puramente simbólica; y 3.^a) el

²⁰¹ ALBRECHT, El Derecho penal en la intervención de la política populista, en *La insostenible situación del Derecho penal*, p. 487.

²⁰² HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 32-37.

²⁰³ La inoperatividad es una característica del derecho en general. La inflación legislativa ha provocado un fenómeno de la desvalorización del derecho, incluso del penal. Sobre la ineficacia del derecho en general cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 103: “Parallèlement, et alors même que ses ambitions se développent, on assiste à une perte d'efficacité du droit. L'inflation normative entraîne en effet un phénomène de dévalorisation du droit et l'empêche de remplir de manière satisfaisante la fonction régulatrice qui lui incombe (J. P. Henry, Vers la fin de l'Etat de Droit?, *Revue du droit public*, 1977, p. 1.208 sp.). D'abord, la prolifération des textes et l'accélération du rythme de leur production rend très difficile, voire impossible, la connaissance et l'assimilation du droit aussi bien par les citoyens que par les professionnels du droit ou ceux qui sont chargés de son application. Ensuite, elle voue de larges franges du droit à rester inappliquées: à partir du moment où le droit atteint un seuil excessif de complexité, on enregistre inéluctablement un déficit d'exécution: sous peine de susciter des réactions de fuite ou de rejet par une exécution littérale et scrupuleuse des textes, l'administration est amenée elle-même à laisser tacitement en sommeil, à mettre délibérément entre parenthèses, certains d'entre eux, ou encore à recourir très largement à des dérogations ou à des tolérances dont la légalité est douteuse”.

alto costo para los derechos y garantías fundamentales.²⁰⁴ Todo ello puede implicar su absoluta deslegitimación a partir del momento en que deja de cumplir su papel esencial de instrumento de reducción de la violencia (transformándose, al contrario, en mecanismo propulsor de la violencia).

4.1 Un Derecho de operatividad deficitaria y selectiva

Según algunos críticos del “moderno” Derecho penal ya no sería correcto siquiera hablar de “crisis del sistema”,²⁰⁵ porque desde los años 70 viene demostrando la moderna Criminología algo más que una crisis: lo que existe es una verdadera incapacidad operacional, o sea, lo que está programado para ingresar en el ámbito de su control (*input*) es infinitamente superior a su capacidad de actuación (*output*). Y sin actuación social y consenso, como ya decía Marx,²⁰⁶ el Derecho “no es más que un conjunto de papel”.

Al mismo tiempo, los estudios criminológicos también vienen comprobando que la *selectividad*, la corrupción institucional, la reproducción de la violencia y la lentitud, “no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio del poder de todos los

²⁰⁴ Cfr. *supra* en éste Cap. I, n. 3, referencias sobre la desformalización del derecho, incluso del procesal, lo que significa menosprecio a las garantías fundamentales.

²⁰⁵ ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 114.

²⁰⁶ MARX, *Discorso de difesa di Karl Marx al processo contro il comitato distrettuale renano dei democratici*, in K. Marx – F. Engels, *Opere*, apud MELOSSI, *Ideología y Derecho Penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?*, *Pena y Estado*, 1991, p. 59.

sistemas penales”.²⁰⁷ La moderna sociología criminal, en efecto, reveló que la *dinámica incriminadora* (en sus dos fases: establecimiento de normas –criminalización primaria– y comportamiento de los mecanismos de persecución –criminalización secundaria) opera “no sólo de forma selectiva, sino también discriminatoria en perjuicio de las personas pertenecientes a los sectores sociales más bajos, quienes resultan más fácilmente criminalizados”.²⁰⁸

El discurso en que se sustenta el Derecho penal hoy puede ser validamente legitimado,²⁰⁹ pero, no queda la menor duda de que se encuentra seriamente cuestionado en su prestigio, en su valía, tanto por su “falta de coherencia interna” (valoración excesiva de bienes jurídicos que ya no tienen la importancia que tuvieron en su día, frente a la criminalización de lo que es verdaderamente importante), como en razón “del valor verdad en relación a su operatividad social” (producción de un alto índice de “cifra negra”,²¹⁰ conocimiento de pocos supuestos que aún así son juzgados con morosidad,

²⁰⁷ ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 6.

²⁰⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal (parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 57; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Problemas actuales de la criminología*, p. 79 y ss.

²⁰⁹ La legitimidad del Derecho Penal de un Estado Social y Democrático de Derecho pasa por remover los obstáculos que impiden la criminalización secundaria de los sectores altos (...) así como “no seguir utilizando el desposeído criminalizado como carne de cañón (las cárceles, se quiera o no, están llenas, aunque siempre con los mismos), esto es, como expresión simbólica del buen funcionamiento de un sistema que se lava la cara criminalizando (aunque sólo a nivel primario) la delincuencia de los sectores sociales más favorecidos” (cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal-PG. Las teorías de la pena y de la ley penal: introducción teórico-práctica a sus problemas básicos*, p. 58). El sector de los escépticos, por su turno, duda crecientemente de la legitimación del Derecho Penal y por eso se está en busca de una tercera vía, que podría ser representada por la “reparación de los daños”: así, LÜDERSEN, *La prospettiva della riparazione del danno, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 143 y ss.

²¹⁰ Que es la relación entre la criminalidad real y la registrada oficialmente: v. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 46 y ss.

falta de respeto para el principio de igualdad, de legalidad así como el valor justicia).²¹¹

Por otro lado, se admite que “las posibilidades de entrar en la cifra negra dependen de la clase social a la que hace parte el delincuente”.²¹²

Considerando que los delitos macro-financieros o económicos son cometidos exactamente por personas de clase social diferenciada y superior, no es extraño que justamente en ese sector de la delincuencia haya una tasa expresiva de “cifra negra”, es decir, de impunidad.

A los que sostienen el “efecto preventivo de la ignorancia”, que desempeñaría una función social positiva y estabilizadora en el control penal, dándole la impresión de respeto y capacidad para la solución de conflictos, cabe responder que la ignorancia de la criminalidad real es incompatible con el principio de legalidad (obligatoriedad) procesal²¹³ y es, además, un producto del deplorable funcionamiento del sistema penal.²¹⁴

Las teorías interaccionistas, al preocuparse más de la “etiqueta” que de la conducta misma, y diversamente de la Criminología tradicional, que estudió solamente el delincuente y su conducta,²¹⁵ dieron especial atención a las instancias definitorias del comportamiento criminal, tanto *informales* (sociedad, escuela, familia etc.) como *formales* (jueces, fiscales, policía

²¹¹ Pese a este déficit de operatividad, las teorías de la prevención general positiva siguen aferradas a la idea de que la pena es útil preventivamente. Todo ello es compatible con el clima de confianza ciega en el poder de eficacia del Derecho penal como instrumento de solución de los problemas (cfr. HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, *Revista Penal*, 1998, p. 38).

²¹² HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 47.

²¹³ ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 16. También es incompatible evidentemente con el principio de igualdad.

²¹⁴ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 48.

²¹⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Problemas actuales de la criminología*, p. 79 y ss.

etc.). Entre ellas, la más crítica es la del *labeling approach*, que atribuye al control penal, de entre otras, las características de selectividad y discriminación, función constitutiva o generadora de criminalidad y su impacto estigmatizante.²¹⁶

Esa teoría, si por un lado se mostró excesiva y a veces incluso “radical” en algunas de sus premisas, por otro lado, innegablemente llamó la atención sobre el hecho de que hay delitos en todos los sectores sociales (teoría de la ubicuidad), con la diferencia de que quien tiene poder frecuentemente queda fuera del ámbito penal, lo que demuestra que la Administración de la Justicia actúa selectivamente, es decir, en general, preferiblemente contra los sectores más bajos, contrariando principios básicos como el de igualdad, legalidad (obligatoriedad), sin haber conseguido eliminar o compensar la injusticia social en el Derecho penal.²¹⁷

4.2 De la legítima función “instrumental” a las “disfunciones” promocionales y/o simbólicas

Una vez delimitadas las “misiones” (los fines) del Derecho penal,²¹⁸ se impone la conclusión de que la única “*función legítima*” es la

²¹⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Manual de Criminología – Introducción y teorías de la criminalidad*, p. 106; ídem, *Tratado de criminología*, p. 773 y ss. y especialmente p. 777 y ss., donde están descritos los principales postulados del *labeling approach*: (a) interaccionismo simbólico y constructivismo social (la realidad social se construye sobre la base de ciertas definiciones y el significado atribuido a las mismas a través de complejos procesos sociales de interacción); (b) introspección simpatética; (c) naturaleza definitorial del delito; (d) selectividad y discrecionalidad del control social; (e) efecto criminógeno de la pena; (f) paradigma de control.

²¹⁷ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 63-65.

²¹⁸ Cfr. supra en éste Cap. I, n. 1.

“*instrumental*”, en el sentido de que la sanción penal únicamente puede estar a servicio de la persona humana para protegerla tanto de los ataques de otra persona, como contra la intervención arbitraria estatal.²¹⁹

En otras palabras, si las legítimas finalidades (misiones) del Derecho penal en el Estado Democrático y Social de Derecho son, en síntesis, la tutela (preventiva, fragmentaria y subsidiaria) de bienes jurídicos y el aseguramiento de garantías para que el ejercicio del poder estatal sea el más racional posible, objetivando con ello la reducción de la violencia, sin riesgo de que paradójicamente eso se concrete por medio de un instrumento que, por naturaleza, es represivo, coactivo (*rectius*: violento), se concluye entonces que su (legítima) función solamente puede ser la instrumental, es decir, la de servir de medida eficaz de intervención en la realidad social, lo que significa en términos penales la efectiva prevención de lesiones o la puesta en peligro de bienes jurídicos fundamentales.

El efecto que se espera del Derecho penal, por consiguiente, es el de preservar la seguridad indispensable para la convivencia en sociedad, criminalizándose o puniéndose exclusivamente los ataques más intolerables a la persona (pues, como decía Montesquieu, “toda pena que no se deriva de la absoluta necesidad es tiránica”).

Distinguir, así, esa función “*instrumental*” genuina de las “disfunciones”, que antes de mejorar acaban por perturbar la convivencia social, es de fundamental relevancia, especialmente ahora cuando se sabe que el

²¹⁹ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 49-50.

Derecho penal experimenta en forma aguda el fenómeno de la incontrolada expansión.²²⁰

Su viejo papel de instrumento represivo y resocializante, como resalta Raposo Fernández,²²¹ está en segundo plano; la norma ahora es un instrumento docente que ‘enseña’ cuáles son los valores básicos que es conveniente defender; de un Derecho penal necesario se pasa a un Derecho penal conveniente; de un Derecho penal de conductas positivas a un Derecho penal omisivo; de un Derecho penal de resultado y víctima concreta a un Derecho penal del peligro, de víctima indeterminada; del bien jurídico individual a los intereses difusos; la política criminal está a servicio de otras políticas del Estado de contenido económico, ambiental, fiscal etc.”.

En lo que sigue serán expuestas algunas de las mencionadas disfunciones como, por ejemplo, la ético-social, la promocional y la simbólica.

No hay duda de que prácticamente toda norma penal tiene un sentido ético-social o promocional y simbólico. Ninguna norma penal está inmune de funciones paralelas a la principal. Pero lo que es altamente censurable es la creación o aplicación de una norma penal con la finalidad *exclusiva* de

²²⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 15 y ss.; HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, p. 46 y ss.

²²¹ Cfr. RAPOSO FERNÁNDEZ, *La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal*, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.563.

producir uno o más de esos efectos “paralelos”, que perturban más bien que facilitan la convivencia humana.²²²

Que la norma jurídico-penal es fuente de una cierta configuración *ética* de la sociedad parece ser indiscutible, pero esa función legítimamente no le corresponde porque “la mejora ética o la moralización de los ciudadanos es tarea de otras instancias de control”.²²³ No cabe al Derecho penal democrático ingresar en la esfera interna de la persona para modelar sus valoraciones o su manera de ver el mundo (lo que llevaría a la imposición de una verdadera *Weltanschauung*). La frontera entre Derecho y Moral, sobre todo después del reconocimiento de su secularización, ya no puede ser ignorada.²²⁴ Moralizar la persona no es tarea del legislador penal.²²⁵

²²² Las fuerzas sociales emergentes, como subraya DE LA CUESTA AGUADO, Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *RDPC*, 1996, p. 177-178, “desean disfrutar del potencial simbólico y ‘promocional’ que conlleva la tipificación penal, exigiendo la protección penal de sus valores. En ocasiones, estos nuevos bienes jurídicos responden a una necesidad social masivamente compartida; pero no siempre. Por el contrario, se tiende a acudir al efecto simbólico del Derecho penal en situaciones coyunturales o para resolver deficiencias sociales y, generalmente en ambos casos, con fines claramente represivos y defensistas. En todo caso, lo más peligroso para la credibilidad del sistema es que se admita la protección penal de tales bienes jurídicos pero se manipule la creación de la norma primaria, con lo que el tipo penal que surgirá tendrá escasísima, cuando no nula, aplicación práctica. En muchos de estos casos, los sectores sociales que reclaman la intervención penal lo hacen ante la ineficacia de otros medios de control social y/o ante la inactividad de la administración. De forma que se recurre al Derecho penal para resolver problemas que no le son propios y para lo cual no cuenta con medios adecuados. La redacción técnica de los tipos, en estos casos, suele ser, además, francamente deficiente, como consecuencia de la defectuosa técnica legislativa derivada de la contradicción existente entre bien jurídico y norma de valoración”.

²²³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 48.

²²⁴ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 218 y ss.

²²⁵ El Estado, dice BAUMANN (Was erwarten wir von der Strafrechtsreform), citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 30, “no es creador de normas morales o religiosas; ahí no tiene ninguna facultad legislativa, y no debe ser en este sector, por consiguiente, el encargado de imponer un comportamiento conforme con esas normas”. La pena civil, afirmaba FEUERBACH (*Tratado de Derecho penal*, trad. de Zaffaroni/Hagemeier, p. 62). “no tiene ni por objeto ni por fundamento jurídico... IV) ningún mejoramiento moral, porque éste sería el objetivo de la expiación, pero no el de la pena”.

Conforme al pensamiento doctrinal predominante, tampoco sería una función aceptable la “*promocional*”,²²⁶ que pretende por intermedio del Derecho penal “el cambio y la transformación de la sociedad”, es decir, que él incida sobre la vida social y no se limite a la conservación del “*status quo*”.²²⁷ Esa particular instrumentalización²²⁸ del Derecho penal tiene la pretensión de satisfacer las “necesidades de justicia”²²⁹ o “prestaciones sociales”.²³⁰ Ocurre que en el Derecho penal no puede haber espacio para una “fuerza creadora de valores o de una ética (*wert-oder sittenbildende Kraft*).²³¹ Por otra parte, el Derecho penal jamás podría convertirse en un “instrumento de gobierno”, porque así se incrementa el peligro de

²²⁶ Son normas penales *promocionales* “las que se proponen orientar por medio de amenaza de la sanción penal el comportamiento de los ciudadanos en dirección a un más alto standard de vida, o sea, hacia la realización de bienes o valores no todavía consolidados en el seno de una sociedad históricamente determinada” (cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 149). En sentido crítico a esa función promocional del Derecho penal cfr. DIAS (Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 73), que afirma: “Una tal función no estaría de acuerdo con el fundamento de legitimación de la intervención penal, ni con el sentido de una intervención como *ultima ratio* de la política social, sí con las exigencias de salvaguardia del pluralismo y tolerancia de las sociedades democráticas modernas; una tal función puede conducir el Derecho penal a un instrumento de ideología político-social, a un “integralismo penalístico”. El Derecho penal no puede ‘crear’ los intereses que pretende tutelar; la concepción promocional del Derecho penal es incompatible con el requisito de la preexistencia de los bienes jurídicos (cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 82).

²²⁷ El actual “clima protector y asistencial” favorece el Derecho penal como instrumento eficaz para afrontar los modernos problemas que van desde las agresiones al medio ambiente a la drogadicción, pasando por el abuso del sistema social (cfr. HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro, Revista Penal*, 1998, p. 38).

²²⁸ La instrumentalización del Derecho Penal en función de las finalidades del sistema político fue puesta de relieve por TEUBNER ya en el principio de los 80 (apud ALBRECHT, *Erosione del Diritto penale dello Stato di diritto, Il sistema sazionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 128).

²²⁹ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 144: “Et la «multiplication des incriminations», qui accompagne la «prolifération des prescriptions et interdicts» (G. Carcassonne), entraîne l’inflation du contentieux pénal; le juge est ainsi de plus en plus souvent invité à répondre à la demande sociale de recherche de «coupables», ce qui conforte son image de «justicier». En la era de la “sacralización del juez” siempre está presente el riesgo de que él quiera practicar una especie de Derecho penal de la corrección política (cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 137).

²³⁰ Sobre las críticas al Derecho penal promocional, que es tendencialmente ineficaz, cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 150.

²³¹ Cfr. GÜNTHER, *Die Genese eines Straftatbestandes*, apud PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertropia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 149 (nota 197).

desaparecer la diferencia entre el verdadero Derecho penal y el Derecho Administrativo “penal”.

Con razón ha destacado Terradillos Basoco²³² que “el derecho ‘promocional’ preconizado por Bobbio se orienta más hacia la idea de estímulo (motivación positiva) que por la de contra-estímulo (motivación negativa) y por eso es un Derecho que propicia la rápida evolución social o es, al menos, compatible con ella. Ahora bien, la conminación penal es solamente una *conditio sine qua non* de esa función: sólo puede aspirar a retraer, no a incentivar. Como el propio Bobbio reconoce, cuando el Estado se limita a ser guardián del orden, el Derecho va reduciéndose paulatinamente hasta transformarse en Derecho penal, o, lo que es lo mismo, el Derecho penal es, por antonomasia, el Derecho conservador, y reproductor, de las condiciones sociales dadas”.

Sin embargo de la delimitación precisa de sus funciones legítimas, la verdad es que una de las características definitorias de la “modernidad” penal reside precisamente en su instrumentalización “política”, porque aporta ideas y aspiraciones como “efectividad”, “conveniencia”, la orientación hacia consecuencias inmediatas, consecución de objetivos partidistas etc.²³³

Un Derecho penal así “domesticado” (subalterno) ya no insiste en el *numerus clausus* de los bienes jurídicos o en su carácter personalista; al contrario, se criminaliza lo que conviene; se transforma la sanción en

²³² La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, *RFDUC*, 1981, p. 127.

²³³ Cfr. SCHEERER, A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), *Do caráter subsidiário do Direito penal*, 1998, p. 13.

“*prima ratio*” o en “*solo ratio*” de la política, abandonándose definitivamente el vínculo que había entre bien jurídico y persona; ya no se protegen bienes de los seres humanos, sino exclusivamente “funciones”, “instituciones”, “ideales”.²³⁴ ya no es necesario una víctima real (de carne y hueso) o al menos un acto de violación al bien jurídico.

La instrumentalización “promocional” o “ético-social” del Derecho penal se presenta, así, como el camino más inmediato para llegar a la otra (dis) función patológica que es la exclusivamente “*simbólica*”²³⁵ o “retórica” (*ad exhibendum*). Concebir la norma y la aplicación del Derecho penal conforme a una función puramente “simbólica”²³⁶ significa innegablemente atribuirle un papel “pervertido”, porque “un Derecho penal simbólico se desentiende de la eficaz protección de bienes jurídicos en función de otros

²³⁴ No se quiere decir que las funciones o instituciones no sirvan de objeto de tutela penal, sino que solo son legítimamente protegidas cuando están claramente en función de las personas.

²³⁵ El Derecho penal simbólico “es aquel que es utilizado exclusivamente con fines de pedagogía social, al objeto de sensibilizar a la población acerca de la importancia de un determinado bien o simplemente con la pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores. Los primeros tendrían la sensación de haber hecho algo y los segundos la impresión de que todo está bajo control” (véase ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y constitución, *Revista Penal*, 1998, p. 4). Véase también: CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General, nociones introductorias. Teoría del delito*, p. 57; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 96 y ss.; RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.566; MUÑOZ CONDE, El “moderno” derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias, *La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339.

²³⁶ Derecho “simbólico” significa, además, conforme la doctrina de HASSEMER (Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, *Pena y Estado*, 1991, p. 28), “una oposición entre ‘realidad’ y ‘apariencia’, entre ‘manifiesto’ y ‘latente’, entre lo ‘verdaderamente querido’ y lo ‘otramente aplicado’; se trata siempre de los efectos reales de las leyes penales. ‘Simbólico’ se asocia con ‘engaño’, tanto en sentido transitivo como reflexivo”. Se atribuye a DURKHEIM la concepción definitiva de que la función instrumental del Derecho está unida a una función simbólica que residiría, según TERRADILLOS BASOCO, Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, *Pena y Estado*, 1991, p. 10, con apoyo en la opinión de VAN DE KERCHOVE, “en su aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes”. Según MELOSSI, de la función simbólica de la pena, en el plano sociológico, también se ocupó George Herbert MEAD (Ideología y Derecho Penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?, *Pena y Estado*, 1991, p. 57).

finés psicosociales que le son ajenos.²³⁷ No mira al infractor potencial, para disuadirle, sino al ciudadano que cumple las leyes, para tranquilizarle, a la opinión pública.

Un Derecho penal de estas características carece de legitimidad: manipula el miedo al delito y la inseguridad, reacciona con un rigor innecesario y desproporcionado y se preocupa exclusivamente de ciertos delitos e infractores. Introduce un sinfín de disposiciones excepcionales, a sabiendas de su inútil o imposible cumplimiento y, a medio plazo, desacredita al propio ordenamiento, minando el poder intimidatorio de sus prohibiciones”.²³⁸

Las leyes simbólicas, siguiendo a Hassemer,²³⁹ “apuntan al elemento del engaño, a la falsa apariencia de efectividad e instrumentalidad; en sentido crítico en el Derecho penal simbólico las funciones latentes predominan sobre las manifiestas; de él se esperan otros objetivos que los descritos en la norma; las funciones latentes se superponen parcialmente unas a otras y son descritas ampliamente en la literatura: desde la satisfacción de una ‘necesidad de actuar’ a un apaciguamiento de la población, hasta la demostración de un Estado fuerte”.

²³⁷ Una política criminal así motivada que se transforme en Derecho penal caracteriza a este Derecho penal por su orientación al valor de cambio político... reacciona en todo momento ante las ‘exigencias del mercado político’. Esa es la opinión de STANGL e fue expuesta por HERZOG. Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales. (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro), *Poder Judicial*, 1999, p. 83.

²³⁸ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 51. En el mismo sentido: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, p. 305-306.

²³⁹ HASSEMER, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, *Pena y Estado*, 1991, p. 30.

Que todo instrumento de control social, incluyendo la ley penal, cuenta con efectos simbólicos es innegable.²⁴⁰ Pero, si por un lado no hay como no admitir este tipo de efecto en toda intervención penal, por otro lado, tampoco se dejará de censurar al legislador o aplicador del derecho cuando lo crea o lo utiliza únicamente con el propósito de forjar buenas impresiones en la población.²⁴¹ No son pocas las leyes que asumen esa forma patológica de expresión del derecho,²⁴² especialmente las que contemplan una criminalización exageradamente anticipada en relación a la lesión del bien jurídico, lo que ocurre con frecuencia para la prevención de “riesgos” a los bienes “colectivos” o “supraindividualizados”.²⁴³

Bajo la presión “preventiva” (exigencias sociales de prevención de situaciones de peligro o riesgo de la sociedad) el alivio del legislador está

²⁴⁰ Es inseparable, conforme TERRADILLOS BASOCO (Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, *Pena y Estado*, 1991, p. 10), de la función instrumental, a la que sirve de complemento. Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española véase BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, artículo con ese título, *Pena y Estado*, 1991, p. 91-99; cuanto a la función simbólica y derecho ambiental: BUSTOS RAMÍREZ, Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente, *Pena y Estado*, 1991, p. 101-109; WOLF, Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico, *Pena y Estado*, 1991, p. 111.

²⁴¹ La potencialidad de la función simbólica, como subraya TERRADILLOS BASOCO, Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, *Pena y Estado*, 1991, p. 11, “puede crear apariencias –símbolos– pero también ineficacia en la tutela de los bienes jurídicos, con el riesgo de exonerar el Estado de acometer programas más amplios de política social o de crear un refuerzo de valores o, especialmente, de los mecanismos represivos”.

²⁴² Cfr. HASSEMER, Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos, *Pena y Estado*, 1991, p. 26, que hace referencia a una clasificación muy extendida en la literatura: leyes de declaración de valores (revalorización del papel de la mujer, v.g.), leyes con carácter de apelación moral (para crear una conciencia ecológica, v.g.), respuestas sustitutivas del legislador (leyes de crisis) y leyes de compromiso (cláusulas penales generales).

²⁴³ Pero “la ampliación del Derecho penal sirve entonces en el debate político ante todo como coartada para, de forma rápida, sin grandes planes y con pocos gastos en los presupuestos, demostrar que si es consciente de un determinado problema. Ante tal instrumentalización, el Derecho penal sale perjudicado” – cfr. HERZOG, Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro), *Poder Judicial*, 1999, p. 87.

no solamente en la creación de bienes jurídicos artificiales,²⁴⁴ sino sobre todo en la utilización de la técnica de los delitos de peligro abstracto.

Así se llega fácilmente al Derecho penal simbólico, que está “menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una ‘necesidad de acción’. Un Derecho penal simbólico con una función de engaño no cumple la tarea de una política criminal y mina la confianza de la población en la Administración de la Justicia”.²⁴⁵

Si la eficacia preventiva del Derecho penal, después de los datos abrumadores obtenidos por las investigaciones empíricas,²⁴⁶ ya no cuenta con tanto optimismo (ya von Liszt había certificado el fracaso del sistema), es difícil no aceptar –al menos tendencialmente– una “quiebra de la credibilidad de los fines manifiestos del sistema penal, lo que nos empuja, ineludiblemente, a la reflexión sobre sus fines latentes u ocultos”.²⁴⁷

²⁴⁴ Cfr. PALAZZO, *Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas*, FCP, 1993, p. 37 y ss., que evidencia, en la línea del conocido trabajo de SGUBBI, el riesgo que el nuevo Derecho Penal significa para los que están involucrados en los procesos de producción; la ciencia del derecho y la jurisprudencia inician su conversión en una especie de contabilidad jurídica. Véase también SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 12 y ss.

²⁴⁵ Cfr. HASSEMER, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, *Pena y Estado*, 1991, p. 36.

²⁴⁶ Véase MELOSSI, *Ideología y Derecho Penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?*, *Pena y Estado*, 1991, p. 58, que afirma: “La investigación sociológica ha manifestado grandes dudas sobre la eficacia preventiva, general y especial, del instrumento penal, y también sobre su eficacia de defensa social (...) Hay, por tanto, motivos para pensar, como han destacado los teóricos del ‘etiquetamiento’, Michel Foucault en la última y sorprendente parte de *Vigilar y castigar*, que el sistema penal opera, más que para extinguir, para reproducir y estabilizar la criminalidad”. La función instrumental del Derecho penal resulta hoy difícilmente defendible, afirma BUSTOS RAMÍREZ, *Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente*, *Pena y Estado*, 1991, p. 101.

²⁴⁷ Véase TERRADILLOS BASOCO, *Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal*, *Pena y Estado*, 1991, p. 9.

Exigir o suponer que ese medio de control social pueda cumplir otras funciones además de lo que su capacidad natural permite puede significar la exacerbación de su papel simbólico, con el riesgo de pérdida de sus reales funciones. Como correctamente advierten Hassemer/Muñoz Conde,²⁴⁸ “la explosiva mezcla de grandes ‘necesidades de actuación’ social, de fe casi ciega en la eficacia de los medios jurídico-penales y de los déficits enormes que luego tienen estos instrumentos cuando se aplican en la realidad, puede hacer surgir el peligro de que el Derecho penal viva de la ilusión de solucionar realmente sus problemas, lo que a corto plazo puede ser gratificante, pero a largo plazo es destructivo”.

Cuando la política asume la forma de espectáculo, “las decisiones y los programas de decisión se orientan no tanto a modificar la realidad, cuanto a modificar la imagen de la realidad en los espectadores: no tanto a satisfacer las necesidades reales y la voluntad política de los ciudadanos como más bien a seguir la corriente de la llamada opinión pública (...) las funciones simbólicas tienden a prevalecer sobre las funciones instrumentales. El déficit de tutela real de bienes jurídicos es compensado por la creación, en el público, de una ilusión de seguridad y de un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones permanece altísima mientras las agencias de control penal siguen midiéndose con tareas instrumentales de imposible realización por ese hecho: piénsese en la defensa de la ecología, en la lucha

²⁴⁸ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 33.

contra la criminalidad organizada, en el control de las toxicodependencias y en la mortalidad en el tráfico automotor”.²⁴⁹

En la actualidad es prácticamente imposible contestar el protagonismo social del Derecho penal que, en todo momento, es llamado para “resolver” conflictos valorativos o éticos a respecto de los cuales, muchas veces, ni siquiera la sociedad tiene una posición establecida²⁵⁰ y tampoco son disciplinados de forma resolutive por los otros ramos del Derecho.

Es verdad que históricamente el Derecho penal fue concebido para la preservación de la sociedad y es precisamente por lo que se dice que su misión primera es la de proteger los intereses más vitales de esa misma sociedad (bienes jurídicos fundamentales). El principio de protección de bienes jurídicos pasó, como consecuencia, a ocupar una posición de relevancia impar en el cuadro de la política criminal, con el significado (“negativo”, limitador y material) de que “no se puede considerar delictiva ninguna conducta que no lesione o ponga en peligro un bien jurídico merecedor de protección, lo que a su vez debe de plasmarse en la inequívoca demostración de la dañosidad social del comportamiento”.²⁵¹

²⁴⁹ Así, BARATTA, Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica, *Pena y Estado*, 1991, p. 53.

²⁵⁰ Una relación sugestiva de esos nuevos conflictos que están “exigiendo” decisiones político-criminales urgentes consta del artículo de Díez RIPOLLÉS, Exigencias Sociales y Política Criminal, *Claves de Razón Práctica*, 1998, p. 49 y comprende la ampliación de las posibilidades de aborto, disponibilidad de la vida – eutanasia, rechazo religioso a la transfusión de sangre, huelgas de hambre para el aseguramiento del ejercicio de algún derecho, reproducción genética, consumo de drogas, esterilización de personas, cirugías transexuales, donación de órganos, límites de la libertad sexual, límites de la privacidad frente a la informática y otras tecnologías modernas, protección del medio ambiente, del sistema económico-financiero –dónde se encuadran el lavado de capitales, el uso de información privilegiada en los mercados de valores, de la moralidad en la Administración Pública–corrupción etc.).

²⁵¹ Díez RIPOLLÉS, Exigencias sociales y política criminal, *Claves de razón práctica*, 1998, p. 48.

Pero en la medida en que los conflictos sociales más agudos, más opresores, no encuentran acomodo ni en la ética social (cada vez más difusa) ni en las otras ramas jurídicas (Derecho Constitucional, Civil, Administrativo, Laboral etc.) y tampoco en una actuación más eficiente de la Administración Pública que, por el contrario, se revela cada vez más inadecuada, anticuada e inidónea para hacer frente a las modernas exigencias de la sociedad, la consecuencia natural ha sido la de conducir el conflicto para el ámbito penal, sin la mínima preocupación con su naturaleza de “*ultima ratio*” (instrumento de control social subsidiario y fragmentario).

En la base del actual Derecho penal, más allá de una crisis evidente, parece residir una irrefutable contradicción: por un lado, justamente porque se pretende que él cumpla un papel (la misión) de tutela de bienes jurídicos para el mantenimiento de la paz social, fue gradualmente transformándose en un instrumento de prevención político-social; por otro, cuanto más se incrementa esa función, más la sociedad se da cuenta de la falta de operatividad del sistema y de la ausencia de una verdadera tutela de los bienes jurídicos. Con eso, lo que resulta es una función puramente simbólica de protección, que se caracteriza entonces no sólo por la flexibilización de los principios jurídicos y las garantías, sino especialmente por la anticipación de los presupuestos de la intervención penal.

Paradójicamente cuanto más se desarrollan teóricamente las premisas básicas de una racional política criminal (mínima intervención, subsidiariedad, fragmentariedad, protección de bienes jurídicos, merecimiento y necesidad de pena etc.), más espacio ocupa la llamada intervención “máxima” del Derecho penal, en virtud de las exigencias

sociales (que luego se transforman en programas político-criminales y a menudo en decisiones legislativas). El resultado no podría ser otro: el Derecho penal está cada vez más hiperinflacionado, lo que incrementa el riesgo de cumplir un papel meramente simbólico (ilusorio), porque funciona en cada momento más precariamente.²⁵²

Cuanto más se carga el Derecho penal, más se obtiene el efecto contrario al pretendido porque es precisamente cuando menos funciona. El proceso hiperinflacionario, en conclusión, es autoneutralizador (autofágico) del derecho en general²⁵³ (y especialmente del “penal”). Destruye antes de optimizar su capacidad operacional. Y una vez que se da la pérdida de su legítimo papel instrumental (de evitar la lesión o peligro de lesión a los bienes jurídicos fundamentales, o sea, prevenir la delincuencia, la violencia), pasa a asumir otras funciones, ciertamente anómalas (puramente promocional, asistencial o primordialmente simbólica).

El proceso autodestructivo (autofágico) al que acabamos de hacer referencia tiende a agravarse no sólo en razón del incremento de los conflictos sociales, sino sobre todo porque el legislador, llevado por la “urgencia” y por lo inédito de las nuevas situaciones, no encuentra otra respuesta que no sea la coyuntural o emocional reacción legislativa, que

²⁵² Sobre la función simbólica del Derecho Penal en el sector de la criminalidad económica v. SICA, (Leonardo, Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica, *RLASP*, 1998, p. 111 y ss).

²⁵³ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 103: “Ainsi, l'excès de règles suscite-t-il un sentiment général de désaffection à l'égard du droit et génère-t-il des pratiques d'«anti-droit», qui compromettent les exigences de l'Etat de droit; par un mouvement d'«auto-neutralisation» (J. Carbonnier, *Flexible droit*, 1971), le droit en arrive à s'annihiler lui-même. Enfin, la multiplication des entorses à la règle crée un flou juridique propice à l'accroissement des litiges: il est toujours possible de trouver dans les pratiques administratives quelque élément d'illégalité de nature à justifier un recours; l'inflation normative est donc assortie inévitablement d'un développement du contentieux qui, même s'il reste relevativement modéré, n'en fait qu'amplifier les effets négatifs, en compromettant l'efficacité de la régulation étatique et en renforçant l'insécurité juridique”.

tiende a ser de naturaleza “penal”,²⁵⁴ dependiendo de los beneficios electorales que pueda alcanzar.²⁵⁵

Apenas percibimos un mal, y ya “buscamos el remedio y la ley es aparentemente el remedio más instantáneo. Si un escándalo estalla o se produce un accidente o un inconveniente, la culpa está en las lagunas de la legislación. Hay que hacer una ley más y se hace. Hace falta mucho coraje para que un gobierno se rehúse a cumplir esta satisfacción simbólica frente a la opinión pública”.²⁵⁶

Entre los efectos simbólicos a los que puede el legislador aspirar se encuentran: “la puesta de manifiesto de la identificación del legislador con determinadas preocupaciones de los ciudadanos; la demostración de la fuerza coactiva en general de los poderes públicos; la demostración de la rapidez de reflejos del legislador ante problemas nuevos; el apaciguamiento de determinadas reacciones emocionales de la ciudadanía ante sucesos que

²⁵⁴ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 104: “L'Etat de Droit tend ainsi à saper ses propres fondements, à dégénérer en son contraire, au nom des principes mêmes sur lesquels il repose : de garant suprême de la liberté, il se transforme en arme du «pouvoir absolu»”.

²⁵⁵ Para citar un sólo ejemplo, si bien que es el más reciente, se ha visto como el legislador brasileño, bajo los efectos de un “escándalo de los remedios falsos”, no tuvo duda en reaccionar inmediatamente: elaboró primero la ley 9.677/98, para alterar el marco penal de diversas conductas relacionadas con el asunto (la falsificación de remedio ahora es sancionada, en lo mínimo, con diez años de reclusión). Después se publicó la ley 9.695/98 para transformar diversos de esos delitos en “hediondos”. En lugar de providencias administrativas eficaces para la prevención de la falsificación, se privilegia la edición de una nueva ley penal.

²⁵⁶ Cfr. CARBONNIER, *Ensayos sobre las leyes*, p. 240-241, que cita la advertencia de MICHELET (de 1846): “No han faltado remedios especiales. Tenemos cincuenta mil en el ‘Boletín de las leyes’; añadimos algún todos los días y no veo que nos vaya mejor. Nuestros médicos legislativos tratan cada síntoma, que aparece aquí y allá como una enfermedad aislada y distinta y creen que la curan con una y otra aplicación local. Sienten poco la solidaridad profunda de todas las partes del cuerpo social y la de todas las cuestiones que se relacionan con ello”. Sobre la influencia del ambiente en la renovación del derecho en Brasil dos situaciones muy antiguas son recordadas por DUARTE (José – *Comentários à lei das contravenções penais*, p. 35-36): la ley 3.311, de 15.10.1886 que criminalizó el delito de incendio fue aprobada, después de años de discusión, luego que sucedieron dos incendios en la ciudad de Río de Janeiro; la ley 2.033, de 20.09.1871, pasó a punir el homicidio imprudente después de un accidente de trenes en la ciudad de Jundiaí, en San Pablo.

producen alarma o inquietud; la satisfacción de la necesidad social de hacer algo frente a problemas no resueltos; la manifestación de la vigencia de determinadas opciones éticas; el mensaje de que hay que modificar determinadas actitudes sociales”.²⁵⁷

Esa absurda instrumentalización del Derecho penal, concluye Díez Ripollés,²⁵⁸ “permite obtener, sin embargo, beneficios inmediatos: se mantiene una imagen positiva y dinámica del legislador y de los poderes públicos en general; se enmascara, a través del prestigio del que goza la contundencia de la reacción penal, la ausencia de otras medidas de intervención social realmente eficaces; se acrecientan infundadamente y a bajo costo los sentimientos de seguridad de los ciudadanos; y se realizan labores de pedagogía social utilizando uno de los medios de control social más duros de los que dispone la sociedad sin necesidad de dar explicaciones”. Pero, con el tiempo, con base en la falta de operatividad, traslada al Derecho penal un grave perjuicio, el descrédito en su eficacia.

Y lo más grave es que todavía no contamos con una “teoría de la legislación penal”²⁵⁹ que delimite vinculativamente, en los términos de los

²⁵⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exigencias sociales y política criminal, Claves de razón práctica*, 1998, p. 50. Véase también: TORON (Alberto Zacharias, *Crimes hediondos: o mito da repressão penal*, p.125-127), que mantiene una posición muy crítica del Derecho Penal como “*prima ratio*”, del abuso de los delitos de peligro abstracto, de la “administrativización” del Derecho Penal y de su uso con propósitos más aparentes que efectivos.

²⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, *Exigencias sociales y política criminal, Claves de razón práctica*, 1998, p. 51.

²⁵⁹ V. DÍEZ RIPOLLÉS, *Exigencias Sociales y política criminal, Claves de razón práctica*, 1998, p. 49, que, a propósito, propone la reflexión sobre la necesidad de que sean establecidas reglas seguras respecto de la elaboración de las leyes penales, introduciendo en el sistema una serie de requisitos materiales vinculantes, así como la imperiosa imprescindibilidad de que toda decisión en ese ámbito sea precedida de datos cognitivos y empíricos ciertos y confiables. Como señala RAPOSO FERNÁNDEZ, con apoyo en la doctrina de GÜNTHER y JÄGUER (cfr. La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.565), a lo largo del proceso criminalizador se han de cubrir una serie de exigencias: un preciso programa político-criminal, que ha de perseguir los comportamientos que lesionen o pongan en peligro real bienes de importancia incuestionable, y no se puede usar el tipo para la imposición de

postulados de una racional política criminal, las premisas básicas y especialmente las comprobaciones criminológicas que justifiquen la criminalización o descriminalización, la penalización o despenalización de un determinado comportamiento.

A pesar del extraordinario avance dogmático (e indiscutiblemente garantista) respecto de los presupuestos de la punibilidad del delito (teoría general del hecho punible) en el último siglo y medio, “resulta ciertamente incongruente que los instrumentos conceptuales de control decisonal hayan quedado confinados al ámbito de la aplicación del Derecho, mientras que el sector de la creación del Derecho haya eludido cualquier formalización de su decisión que supere los meros requisitos competenciales y secuenciales”.²⁶⁰

La falta de un conjunto normativo delimitador de la esencia del ámbito reservado a la ley penal, las deficiencias de técnica legislativa y los intereses puramente electoralistas confluyen en la deplorable e ilegítima “*huida hacia el Derecho penal*”.

Si tradicionalmente la doctrina se ha empeñado más agudamente en establecer límites a la aplicación y ejecución de las normas penales, es probable que en este momento, en que nadie puede negar la hipertrofia incontrolable del sistema normativo, para poder continuar con aquella primitiva y legítima preocupación, es de suma importancia la construcción de un conjunto de vinculantes límites a la actividad de “creación” de la

valores *in se*, la comprobación de la dañosidad social (pruebas empíricas), seguir las pautas de la proporcionalidad, necesidad y intervención mínima, sólo se incrimina peligros sobresalientes, respecto al principio de unidad del Ordenamiento jurídico y en caso de duda que se observa el *in dubio pro libertate*.

²⁶⁰ Díez RIPOLLÉS, Exigencias sociales y política criminal, en *Claves de razón práctica*, 1998, p. 50.

norma penal de prohibición o de mandato. Especialmente porque el exceso de leyes también produce un efecto criminógeno.

Posicionándose en contra de ese efecto criminógeno de las leyes penales y contra su utilización equivocada, Ferri²⁶¹ ya decía: “...las penas son puramente negativas y no pueden ser utilizadas sino como última instancia; porque ellas no eliminan la ocasión del delito (...) el legislador debería conceder una importancia más considerable a las penas pecuniarias (...) la pena de prisión solamente es conveniente en los casos más graves (...) el legislador debe convencerse de que para contener el aumento de la criminalidad, las reformas sociales son mucho más adecuadas y poderosas que el Código Penal (...) Para la defensa social contra la criminalidad y para la elevación moral de la población, el más pequeño progreso de las reformas de prevención social valen cien veces más y mejor que la publicación de un Código Penal”. Con relación a la criminalización de las conductas relacionadas con el alcohol o con el vagabundeo Ferri afirmaba: “Remedios represivos: son los más comunes, los más fáciles, pero también los menos eficaces y los más estúpidos”.²⁶²

²⁶¹ FERRI, *La sociologie criminelle*, p. 306-307.

²⁶² FERRI, *La sociologie criminelle*, p. 281.

Capítulo II

DE LA TENDENCIA EXPANSIVA DEL DERECHO PENAL AL MODELO POLÍTICO-CRIMINAL DE LA MÍNIMA INTERVENCIÓN

SUMARIO: 1. La perspectiva crítica frente a la intervención penal de tipo excesivo y abusivo – 2. La naturaleza fragmentaria y subsidiaria de la intervención penal – 3. Derecho penal y Estado constitucional de Derecho (= de los derechos fundamentales): el fundamento constitucional de la intervención penal mínima – 4. Los principales modelos y movimientos político-criminales de la actualidad – 5. Las metas de los movimientos político-criminales – 6. Breve esbozo de los procesos de despenalización – 7. *Excursus*: La despenalización de las “infracciones de menor potencial ofensivo” en el Derecho brasileño y la elección del paradigma de la justicia criminal consensuada: 7.1 Desde la Justicia criminal conflictiva hasta la Justicia criminal consensuada (espacio de consenso y espacio de conflicto); 7.2 El “modelo consensual” como fuente de inspiración de la Ley 9.099/95; 7.3 Delimitación legal del “espacio de consenso”: infracciones de menor y de mediano potencial ofensivo; 7.4 Los principios fundamentales del modelo consensual de Justicia criminal; 7.5 La ruptura con el modelo político-criminal paleorrepresivo; 7.6 Síntesis del “nuevo paradigma” de la Justicia criminal consensuada; 7.7 Las cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras de la Ley 9.099/95: aplicación inmediata y retroactiva; 7.8 El presente y el porvenir del modelo consensual brasileño de Justicia criminal y de las penas alternativas.

1. La perspectiva crítica frente a la intervención penal de tipo excesivo y abusivo

Como vimos en el Capítulo precedente, es abrumadora la actual tendencia *expansiva* del Derecho penal,¹ aunque no sea un fenómeno nuevo.² Se trata de una tendencia político-criminal que se caracteriza “por la introducción de nuevos tipos penales, agravación de los ya existentes delitos, creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”.³ Las dos principales consecuencias de ese sistema penal “pan-penalizador” serían: (a) pérdida de efectividad y (b) mutación valorativa.⁴

Contra esas tendencias excesivamente intervencionistas del moderno

¹ Cfr. FRANCO (Alberto Silva, Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção, *RPCC*, 1996, p. 175 y ss.) que estima que en un Estado democrático de Derecho la intervención penal no puede tener esa dimensión expansiva: debe ser necesariamente mínima, expresando la idea de protección de bienes jurídicos vitales para la libre realización de la personalidad. El Derecho penal en un Estado intervencionista puede servir de instrumento para políticas gubernamentales y ello con total apoyo de los órganos de comunicación; cuenta con el riesgo de degeneración bajo la perspectiva de las funciones puramente promocionales y simbólicas. Cita como ejemplo de una intervención simbólica la Ley brasileña n. 8.072/90, que ha tipificado los llamados “crímenes hediondos”. Sobre la ilusión de seguridad jurídica que proporcionan el Derecho y la Dogmática penal cfr. ANDRADE (Vera Regina Pereira de, *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*, especialmente p. 235 y ss.).

² Al menos en lo que concierne a la criminalización del “ámbito previo”: cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 11.

³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 18, que señala ser la “expansión” una característica innegable del Código penal español de 1995. Advierte enseguida: “la valoración positiva que importantes sectores doctrinales han realizado del mismo pone de relieve cómo la tópica ‘huida (selectiva) al Derecho penal’ no es sólo cuestión de legisladores superficiales y frívolos, sino que empieza a tener una cobertura ideológica de la que hasta hace poco carecía”. Pero no se puede desconocer la existencia de una verdadera demanda social de más protección (ob. ult. cit., p. 21 y ss.). En el mismo sentido crítico cfr. GIMBERNAT ORDEIG (Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 41); RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ, Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España, p. 2.969 y ss.

⁴ Cfr. PALAZZO, *Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel Diritto penale degli anni novanta, // Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 102 y ss., que afirma: “...de la trilogía liberal clásica libertad-verdad-justicia se pasó a la condicionalidad-utilidad-control social; a ello se reconduce la expansión sobre todo del llamado *Nebenstrafrecht*, que hoy está superando el *Kernstrafrecht*”.

Derecho penal⁵ la doctrina actual sostiene una posición muy *crítica* subrayando (a) la radical disparidad entre el “deber ser” y el “ser” del Derecho, es decir, entre el sistema liberal-democrático plasmado en las Constituciones y la realidad del Derecho penal o entre los principios que forman estos sistemas constitucionales (reconducibles a un Derecho penal mínimo, en general) y el hipertrofiado sistema penal (típico de un modelo autoritario de Estado);⁶ (b) que el Derecho penal no puede perder su carácter subsidiario (como instrumento de “ultima ratio”, sólo interviene cuando otros medios formales o informales no sean idóneos para la resolución del conflicto); (c) y tampoco su naturaleza fragmentaria (únicamente los ataques más graves e intolerables deben ser criminalizados y castigados – *ultima ratio*).

En contra del intervencionismo penal aún se sostiene: (d) que la pena privativa de libertad es la “extrema ratio” del sistema (siendo un mal muy grave, debe ser reservada exclusivamente para los comportamientos antisociales más graves, que perturben concretamente la convivencia social); (e) que el sistema constitucional vigente, al configurar un conjunto de garantías, ya no permite la instrumentalización “política” (el uso “político”) del Derecho penal; (f) que es urgente una gran reforma del sistema para que de él sean excluidas todas las infracciones que no corresponden al concepto garantista de delito (lesión intolerable o peligro concreto de lesión a un importante bien jurídico); (g) porque así será posible alcanzar un mayor nivel de racionalidad y operatividad en el

⁵ La actual tendencia del Derecho penal se caracteriza por un intervencionismo radical, del cual son consecuencias la hipertrofia, “bagatelización”, erosión, instrumentalización política, flexibilización de las garantías etc.

⁶ Así, VIGLIETTA, *Spunti per una riforma del sistema penale. Dal Diritto penale dello stato-autorità al Diritto penale minimo, Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 17 y ss.

funcionamiento de la Justicia bien como una mejor cognoscibilidad (del conjunto normativo); (h) la imperiosidad de la creación de mecanismos jurídicos para evitar el uso “político” (propagandístico) del Derecho penal; (i) que es necesario asegurar una mayor efectividad al principio de legalidad procesal (obligatoriedad), de cuya aplicación depende la realización del principio de igualdad.

a) Administrativización del Derecho penal y la tesis de su radical deflación

Como consecuencia de la falta de criterios rígidos vinculantes en el momento de la criminalización, y sobre todo en razón del muy poco riguroso discernimiento entre lo que es materia administrativa (accesoria) y materia penal (los límites entre el ilícito penal y el administrativo continúan indefinidos), el Derecho penal resultó ampliamente “*administrativizado*”.

Pero más allá del notable perjuicio que podría provocar a la –discutible– función “motivadora” u “orientadora” de la norma penal,⁷ parece oportuno reconocer otros nocivos efectos de esa “*administrativización*” del Derecho penal:⁸ (a) las leyes penales cada vez más “son normas penales accesorias a las normas generales y a la actividad administrativa del Estado y de los entes públicos”; (b) están alejándose de la generalidad y abstracción para

⁷ Cfr. VIGLIETTA, Spunti per una riforma del sistema penale. Dal Diritto penale dello stato-autorità al Diritto penale minimo, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 25. Véase referencias críticas a la función “motivadora” de la norma en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 207 y ss.

⁸ Así BARATTA, Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica, *Pena y Estado*, 1991, p. 43-44; RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.566.

transformarse en instrumento de situaciones particulares, de emergencia; (c) con gran frecuencia son normas abiertas, lo que significa una extraordinaria expansión del poder discrecional del juez (Derecho penal “jurisprudencial”).

La consecuencia natural de lo que acaba de ser expuesto es que se ha ampliado excesivamente la posibilidad de uno convertirse en criminal y el delito muchas veces es un “*alea*” o una casualidad. Todo ello contribuye a la falta de confianza en el sistema.

En múltiples sectores, por consiguiente, se puede plantear la cuestión de la *deflación* o de una intervención abrogativa del legislador, pero, si no estamos equivocados, es de particular interés para empezar esa finalidad el campo de las infracciones de mínima gravedad⁹ y el de la mera desobediencia (peligro abstracto, por ejemplo).

De cualquier manera, con la derogación de la tutela penal para algunos sectores del actual (e hipertrofiado) Derecho penal no se pretende, evidentemente, dejar sin ninguna protección ante los ataques menos intensos los bienes jurídicos o aspectos de los bienes jurídicos implicados. El orden jurídico, al intentar ser un reflejo del orden social, no puede dar saltos que puedan traducirse en inseguridad (*natura non facit saltus*). En el ámbito jurídico, en general, pueden no ser aconsejables evoluciones “*per saltum*”.

⁹ Así ALBRECHT, *Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto. Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 128-129, que apunta las infracciones de *bagatelle di massa* como campo específico para la descriminalización, tal como propuso la “Niedersächsische Kommission zur Reform des Strafrechts und des Strafverfahrensrecht” así como la “Hessische Kommission Kriminalpolitik”. De entre otras medidas, estas comisiones han propugnado por la introducción en el sistema del derecho substancial del principio de “exigüidad” (insignificancia) o el principio de la irrelevancia penal del hecho.

Por ello es que si por un lado aquí se propugna por una amplia despenalización de los delitos de poca entidad, por otro, no se deja nunca de subrayar la imperiosa necesidad de que estas infracciones reciban la debida atención de otra rama del derecho (civil, administrativo sancionador, administrativo *stricto sensu*, laboral, mercantil etc.).

Ahora bien, es preciso que se comprenda la verdadera naturaleza (*subsidiaria y fragmentaria*, es decir, *ultima ratio*) de la sanción penal. En el equívoco de suponer que la norma penal, *de per se*, sea suficiente para el control del delito han incurrido incluso las múltiples organizaciones de defensa de los consumidores, de la ecología, del medio ambiente etc.¹⁰

No se puede dejar de reconocer que ellos constituyen intereses relevantes, pero la tutela “penal” debe de ser la *última*. No se puede creer que el juez criminal, con su sentencia penal, tenga poder de cambiar la realidad. La sentencia penal, en general, no cuenta con la efectividad que se podría suponer. El Derecho penal es represivo por naturaleza y sólo incide después de que la infracción ya ha producido sus nefastos efectos. Viene muy tarde. Es verdad que incluso ese aspecto represivo es explicado como necesario para la prevención de futuros delitos, sin embargo, la verdadera prevención sólo se consigue de otras formas.¹¹

La primera exigencia fundamental de un Derecho penal propio de un Estado de Derecho para la conformación y aplicación de la Parte Especial

¹⁰ Cfr. VIGLIETTA, Spunti per una riforma del sistema penale. Dal Diritto penale dello stato-autorità al Diritto penale minimo, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 25; Véase aún SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 46 y ss.

¹¹ Cfr. ALVIRA MARTÍN, El efecto disuasor de la pena, en *Estudios penales y criminológicos*, VII, p. 13 y ss.

es, conforme Maihofer,¹² “la supresión de la hipertrofia punitiva de nuestro actual Derecho penal, es decir, limitación de la punibilidad a la auténtica criminalidad”. La propuesta, entonces, consiste en una *radical deflación penal*.

La necesidad real, y para eso deberían reorientar las reivindicaciones de los movimientos sociales organizados, es la recuperación del poder de resolución y prevención de conflictos de la Administración Pública. Ahora que ya se nota una fuerte reacción al modelo neoliberal de Estado, podría ser el momento oportuno para que la Administración volviera a reconquistar su capacidad de planeamiento y control de la vida social, dejando a la Justicia penal los casos más intolerables.

Lo que se impone, entonces, es: (a) que el Derecho penal (del *ius libertatis*) sea simétrico al sistema constitucional, o sea, no son compatibles un derecho de tipo autoritario e intervencionista con una Constitución de tipo liberal-democrática; (b) en consecuencia, que sean abolidos todos los delitos que no sean adecuados a esa plasmación constitucional; (c) conducir el Derecho penal a sus límites naturales con fundamento en los principios liberales que lo componen (intervención mínima –subsidiariedad y fragmentariedad–, exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad, culpabilidad etc.).¹³

¹² Die Reform des Besonderen Teils des Strafrechts, citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 30.

¹³ Los discursos más radicales, sabemos, sugieren sobretodo la abolición del sistema penal. Así, por ejemplo, MELOSSI (Ideología y Derecho Penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?, *Pena y Estado*, 1991, p. 63), que concluye por la “abolición tendencial de este instrumento del teatro del control social, substituyéndolo por formas simbólicas e instrumentales de otra naturaleza”. Siempre se ve con reservas las posiciones abolicionistas porque hay el riesgo de que esas otras “formas simbólicas” de control no cuenten con las garantías debidas o, al menos, con las que hoy ofrecen el Derecho penal. Como advierte MUÑOZ, *Derecho e impunidad*, *Pena y Estado*, 1991, p. 67, “sería útil tener en cuenta que en ningún momento debemos

Para Ferrajoli¹⁴ el momento es oportuno para una reafirmación de las garantías penales y procesales¹⁵ así como una radical reforma del sistema penal, objetivos estos que comprenderían hoy un proyecto de Derecho penal mínimo con la finalidad de legitimar la jurisdicción penal, que pasaría a actuar exclusivamente en los casos especialmente graves, que muy poco corresponden al actual “pan penalismo”, que es “causa al mismo tiempo de ineficacia, de incerteza y de la imposibilidad de cognoscibilidad de la ley, de casualidad y selectividad no imparcial de la intervención punitiva, de descalificación de los bienes penalmente protegidos, de la pérdida de los confines substanciales entre el crimen y las infracciones de otro tipo, de crisis de credibilidad de la jurisdicción y en particular del principio de obligatoriedad de la acción penal”.

La despenalización de las infracciones de menor gravedad y la supresión de las penas pecuniarias, cambiando el tipo de tutela (que dejaría de ser penal para pasar a otro tipo: administrativa sancionadora, civil etc.), según el autor citado,¹⁶ comportaría “además de un freno a la legislación, una enorme simplificación del Derecho penal en favor de su certeza, cognoscibilidad y credibilidad”.

De lege ferenda, y con la primordial finalidad de evitar las leyes de excepción o de ocasión, plantea Ferrajoli dos propuestas dignas de consideración: (a) reserva de Código (el Código pasaría a ser la *sedes*

abandonar el Derecho Penal, si de ese abandono resulta más violencia de la que genera el mismo sistema penal”.

¹⁴ FERRAJOLI, Quattro proposte di riforma delle pene, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 39.

¹⁵ Sobre la necesidad de mantenimiento de los principios y garantías fundamentales como elementos irrenunciables de un Derecho penal vinculado con el Estado de Derecho cfr. HASSEMER, Perspectivas del Derecho penal futuro, *Revista Penal*, 1998, p. 39.

¹⁶ FERRAJOLI, Quattro proposte di riforma delle pene, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 43.

materiae del Derecho penal, excluyendo la posibilidad de aprobación de cualquier ley penal especial); (b) la exigencia de una aprobación cualificada de la ley penal.¹⁷

Siguiendo la línea crítica del sistema penal hipertrofiado, Naucke¹⁸ entiende que la dogmática, frente al *boom* legislativo penal, que no es un fenómeno reciente, si por un lado presenta un gran esfuerzo limitativo, por otro, nunca ha rehusado seriamente (nunca ha dado un “no” de principio) a intentar sistematizar toda producción legislativa (aunque con perjuicios serios para las bases del derecho liberal), por medio de una “interpretación objetiva”.

Los actuales *trends* del Derecho penal (finalización del proceso sin sentencia, concesión de amnistías, desformalización), no son nuevos; pero, según el autor citado, los penalistas aprendieron a tratar la hipertrofia del Derecho penal y luego encontraron caminos para evitar la insostenibilidad de la situación: sanciones o consecuencias jurídicas de connotación social tolerable como reparación de los daños, transacción entre acusado y víctima y penas alternativas.

Para el autor mencionado, los instrumentos actuales que pretenden limitar el Derecho penal, incluso los constitucionales, son inidóneos, por eso “un retorno a los tradicionales principios penalísticos del Estado de Derecho –a sus *standards*– es un importante punto de partida”; ni la “secularización” ni la teoría del Derecho penal fueron capaces de contener la hipertrofia y la instrumentalización de la sanción penal, que continúa totalmente

¹⁷ Que correspondería a una reserva absoluta de ley orgánica en el derecho español y a una reserva de ley complementar en el derecho brasileño.

¹⁸ Cfr. NAUCKE, I confini del Diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 95-101.

dependiente de la política, que la utiliza, en virtud del “relativismo” y del “positivismo” tanto en la guerra como en la paz;¹⁹ puede cambiar alguna cosa solamente cuando el Derecho penal sea despolitizado.²⁰

La reacción, según Palazzo,²¹ “implica reconstruir las raíces históricas y racionales de los institutos y poner en marcha un valiente vaciamiento del Derecho penal, excluyendo todas las incriminaciones que podrían ser transformadas en ilícitos administrativos, redistribuyendo competencias y aliviando la magistratura penal de los hechos de ínfima significación. Ello significa restituir eficacia al sistema propiamente criminal, que podrá así concentrar sus escasos recursos en la represión de los hechos realmente más graves”.

Si es verdad que ya en el momento mismo del nacimiento del Derecho penal “liberal” comienza su hipertrofia, no lo es menos que cuando el Estado asume una posición claramente intervencionista (justo cuando se convierte en un Estado de Derecho Social), y particularmente después del segundo gran conflicto mundial, años en que se ve un crecimiento incontrolado de las relaciones y antagonismos sociales, más patente resulta la antinomia entre la intervención penal mínima y las necesidades de tutela de intereses de una sociedad cuya complejidad es prácticamente inabarcable.

¹⁹ Cfr. NAUCKE. I confini del Diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 102, que concluye su pensamiento crítico así: “Todo confluye en el Derecho Penal, todo depende del Derecho Penal. Su falta de limitación tiene fundamento en las características modernas del propio Derecho Penal: ser relativo, positivizado y dependiente exclusivamente de reglas que son objeto de las interpretaciones”.

²⁰ Sobre la tesis de la politización interna del Derecho penal de NAUCKE véase HERZOG, *Limites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro)*, *Poder Judicial*, 1999, p. 83.

²¹ Cfr. *Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas*, *FCP*, 1993, p. 40 y ss.

La modernidad está agotada,²² no tanto en su vitalidad, sino sobre todo en su falta de orientación. La opción “legislativo-simbólico-penal” para la resolución de conflictos ya ha producido leyes en cantidad suficiente como para crear el caos, la indiferencia (“*more and more of the same*”) y la desintegración del derecho (pérdida de su cohesión, de su valor); ya ha forjado una muy selectiva y descomunal población penitenciaria, que se encuentra en degradados establecimientos penitenciarios.

Y el gran riesgo inherente a los actuales procesos despenalizadores (que están desarrollándose por la vía procesal –archivo del caso, transacción, suspensión del proceso etc.– o por la vía penal –penas alternativas), por supuesto, consiste en la perpetuación de la hipertrofia del Derecho penal en el ámbito de las infracciones de menor ofensividad porque el legislador, en el momento de la decisión de criminalizar o no una conducta de escasa lesividad, puede suponer que ningún mal existe en la expansión horizontal de la legislación penal, incluso con la previsión de la pena privativa de libertad, justo porque sabe que será muy difícil el efectivo encarcelamiento.

El actual discurso jurídico busca primordialmente limitar el Derecho penal “politizado” internamente. Ocurre que, como destaca Naucke,²³ “este derecho puede asumir múltiples formas, incluso la forma de una aparente despenalización o de alternativas al sistema penal. El resarcimiento del daño como alternativa penal continua siendo Derecho penal”.²⁴

²² Véase SCHEERER, A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), *Do caráter subsidiário do Direito penal*, 1998, p.15-16.

²³ Cfr. NAUCKE, I confini del Diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 102-104.

²⁴ Es de subrayarse que en el Derecho penal español el resarcimiento del daño no surge como una alternativa penal sino como una responsabilidad *extra*, de naturaleza civil, pero reglada según el Código Penal (art. 109.1: “La ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados”).

Una reducción radical del actual Derecho penal, de cualquier modo, ocupa hoy el centro de las aspiraciones político-criminales racionales,²⁵ porque se ha llegado a un caótico, inseguro y tendencialmente antigarantista sistema penal, que se ha ampliado descomunamente siguiendo unas orientaciones políticas “inmediatistas” y que, además, cumple una (dis) función promocional y/o simbólica.

b) ¿Huida hacia un “dualismo penal” con relativización de las garantías?

Frente al hipertrofiado Derecho penal ya existen diversas orientaciones en el escenario político-criminal: (a) retorno a los principios y planteamientos liberales clásicos de la Ilustración,²⁶ a través especialmente de un redimensionamiento constitucional, centrado en los derechos y garantías fundamentales; (b) la idea de Silva Sánchez que consiste en la adopción de un “dualismo penal” (un Derecho penal de dos velocidades); (b) el Derecho de Intervención de Hassemer;²⁷ (d) una cuarta opinión, más radical, proviene de Stratenwerth, que es partidario de una revolución en el

²⁵ Véase SCHEERER, A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), *Do caráter subsidiário do Direito penal*, p. 11, que ha destacado la universalización de esa aspiración trasladada más allá de las fronteras de los Estados y continentes.

²⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, p. 56.

²⁷ Sobre las características del *Interventionsrecht* cfr. HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, *Revista Penal*, 1998, p. 40.

Derecho penal, prescindiéndose de los principios garantistas conocidos y creando un Derecho penal de las funciones.²⁸

Merece especial atención el “dualismo penal” de Silva Sánchez²⁹ que, en resumidas líneas, es lo siguiente: “... lo que caracteriza al Derecho penal frente a los demás sectores del ordenamiento jurídico es, sobre todo, su consecuencia jurídica, esto es: la pena (en algunos casos, los menos, la medida de seguridad post-delictual (...); este mecanismo nos permite ya identificar cuándo estamos ante una norma penal: estamos ante ella cuando una norma jurídica está definiendo un delito y vinculando a él una pena o una medida de seguridad. Si no sucede esto, no es una norma penal”.³⁰

Si por un lado es cierto que la “pena” o la “medida de seguridad” es la nota distintiva del Derecho penal, por otro, no menos incorrecto sería reconocer que conforme su intensidad o gravedad hay que diferenciar, ulteriormente, al menos dos modalidades de Derecho penal: el que tiene como consecuencia la pena privativa de libertad (el *ius libertatis*) y el que no la prevé como sanción. Porque lo verdaderamente “específico” del Derecho penal no es propiamente la “pena”, sino la sanción de privación de libertad, que es la única que no puede imponer la Administración.

Lo que auténticamente distingue el Derecho penal de las otras ramas del Derecho es, entonces, la “*pena privativa de libertad*”. Por ello es que se puede decir que su verdadero núcleo es el que tiene como consecuencia el

²⁸ Cfr. referencias y críticas en RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.571.

²⁹ Véase SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124. Tampoco se permite en Brasil que la Administración Pública pueda imponer la pena privativa de libertad. La única excepción, constitucionalmente contemplada está en el art. 5.º, LXI, que es la de “transgresión militar o crimen propiamente militar, definidos en ley”.

³⁰ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 17-18.

ius libertatis. En razón de su jerarquía constitucional y de su valor, y también en virtud de su naturaleza (porque es una pena del “ser”, no del “tener”), no sólo debe contar con un conjunto de garantías diferenciado, como parece ser dotado de suficiente relevancia como para servir de fundamento para la construcción de un “dualismo” penal. Porque una cosa es el Derecho penal de las penas privativas de libertad (o simplemente: el *ius poenale* del *ius libertatis*) y otra muy distinta es el Derecho penal de otras sanciones.

La propuesta del autor citado es precisamente esta: concibiéndose el Derecho penal “dualistamente” sería posible redimensionarlo. Las dos ramas continuarían, como no podría ser diferente, con numerosos puntos en común, como por ejemplo la judicialización, la imparcialidad, el sentido “penal” del injusto y de las sanciones, “el significado simbólico comunicativo que tiene la intervención de los tribunales penales” (y que en principio se mantendría incluso aunque la consecuencia jurídica impuesta fuera una sanción reparadora, v.g.), sin perjuicio de unas peculiares características que marcarían cada una de ellas.

Para Silva Sánchez,³¹ en suma, “cabría que en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multas, sanciones que recaen sobre personas jurídicas) se flexibilizarán los criterios de imputación y las garantías político-criminales”.

En lo que concierne a las reglas de imputación, no hay duda que algunas modificaciones serían indispensables, sobre todo para dar espacio a una

³¹ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124.

discusión más profunda respecto a una idea muy corriente en estos días que es la de responsabilizar penalmente la persona jurídica. Ya en lo que se relaciona con las garantías, el tema es muy delicado y solamente con carácter muy excepcional se podría justificar alguna atenuación del rigor de cada una de las garantías penales y procesales.

El fundamento nuclear de un sistema “dualista” como el que se propone residiría en el principio de subsidiariedad, que es, como sabemos, expresión del principio de proporcionalidad.³² El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal bien así especialmente el de *extrema ratio* de la pena privativa de libertad debe siempre preocupar al legislador penal en el momento de tipificar comportamientos. A un recurso tan radical como es la pena privativa de libertad sólo se debe acudir cuando la infracción también presente radicales consecuencias.

Una de las ventajas de un “dualismo” penal como el que acaba de ser diseñado sería justamente llamar la atención del legislador para las dos (graduaciones) distintas de Derecho penal. Y a él cabría decidir, en cada caso, teniendo en cuenta todos los criterios de la fragmentariedad (importancia del bien jurídico, grado de ofensa) y subsidiariedad, cuál tipo de tutela es más adecuada. Una de las destacadas diferencias entre los dos subsistemas habría de cifrarse en el tema de las garantías.

Es evidente que dentro del *ius poenale* del *ius libertatis* el nivel de exigencia frente a las garantías es incomparablemente más elevado que en un Derecho penal de las penas no privativas de libertad. Desde luego, entretanto, flexibilizar las garantías, particularmente las penales, puede significar su eliminación tendencial. Con base en el principio de

³² Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 214 y ss.

proporcionalidad, y considerando que jamás estará en juego la libertad personal, una cierta flexibilización sólo podría tener lugar con relación a las infracciones despenalizadas (descriminalizadas) y asimismo dotándose el nuevo sistema (que no podría tener el carácter “penal”) de otras garantías fundamentales.³³

En principio, por lo tanto, es preocupante y no cabría apoyar la propuesta del “dualismo penal”, que, como hemos visto, distingue el Derecho penal del *ius libertatis* con todas las garantías del Derecho penal de las otras consecuencias jurídicas pero con reducción de las garantías jurídicas. Todas las sugerencias (de Stratenwerth, por ejemplo) que cuestionan la validez integral de las clásicas garantías formales y materiales parecen no ser válidas. Cualquier tipo de transigencia en éste sector puede permitir la arbitrariedad estatal.

De todos modos, la verdad es que prácticamente ese fue el camino encontrado, por ejemplo, por el legislador brasileño para imponer una parte de su política de despenalización. En el “*excursus*” que será desarrollado en el final de éste Capítulo sintetizaremos nuestra posición sobre el tema, pero desde luego conviene subrayar *nuestra postura*: la alternativa que nos parece más razonable sería mantener el Derecho penal tradicional con todas sus garantías clásicas frente a las infracciones –más intolerables– que “merecen” y “necesitan” el castigo penal.

El *ius poenale* del *ius libertatis* no puede transigir con las exigencias garantistas típicas del Estado Democrático de Derecho.

³³ Cfr. infra “*excursus*” sobre la despenalización de las infracciones de menor potencial ofensivo en Brasil, donde se retornará al tema de las garantías.

Ello significa al mismo tiempo colocar en acción no sólo un amplio programa de despenalización (descriminalización), sino también (re) diseñar un moderno Derecho administrativo sancionador, con principios garantistas propios,³⁴ sin olvidar la regla fundamental de la jurisdiccionalización del respectivo conflicto.

La flexibilización de las garantías penales y procesales podría cumplir el principio de proporcionalidad no cuando las consecuencias de la infracción sean distintas de la pena privativa de libertad, sino cuando la sanción (verdaderamente alternativa y por supuesto jamás privativa de libertad) no tiene carácter “penal”.

El *ius poenale* del *ius libertatis*, en conclusión, cuenta con –al menos– una triple dimensión:

- (a) estricto respeto al modelo político-criminal de la mínima intervención (principio de intervención mínima, es decir, fragmentariedad y subsidiariedad de la tutela penal), que puede servir de guía para la elaboración y ejecución de un amplio programa de despenalización (ello es precisamente lo que veremos en los apartados siguientes de éste Cap. II);
- (b) exigencia de (re) construcción del concepto de bien jurídico-penal para que cumpla su función de límite al *ius puniendi* (cfr. *infra* Cap. III);
- (c) inequívoco reconocimiento de otros fundamentales conceptos y sobre todo de los principios limitadores del poder punitivo estatal, incluso en nivel constitucional, como por ejemplo el de *ofensividad* (cfr. *infra* Capítulos IV, V y VI).

³⁴ Cfr. en este sentido RAPOSO FERNÁNDEZ, La expansión de la punición ‘simbólica’ y los principios tradicionales del Derecho penal, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1.571.

2. La naturaleza fragmentaria y subsidiaria de la intervención penal

En el Capítulo IV *infra* vamos a examinar detalladamente la imperiosa necesidad político-criminal de que la ley incriminadora *penal* contemple (únicamente) una conducta *ofensiva* a un determinado bien jurídico-penal. Desde luego, sin embargo, parece correcto subrayar que más allá de las exigencias básicas derivadas de la teoría del bien jurídico, del principio de necesaria ofensividad (*nullum crimen sine iniuria*) y del principio de intervención mínima³⁵ (también llamado de prohibición de exceso) no puede avanzar el legislador.³⁶

La presencia de un bien jurídico merecedor y necesitado de tutela penal y su correlativa ofensividad constituyen, así, presupuestos imprescindibles de la *legitimación* del ejercicio del *ius poenale* del *ius libertatis*, pero –en un sistema verdaderamente democrático– ello no es suficiente: “Es preciso, además, que la intervención penal sea *necesaria*; que el Derecho penal se

³⁵ Sobre el principio de intervención mínima cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 271 y ss. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 23 de noviembre de 1995, del Código Penal, lo menciona expresamente, pero destaca al mismo tiempo la antinomia entre él “y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja”. Cfr. aún BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal. Parte general. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal*, p. 59; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 53 y ss; PRITTWITZ, *El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?*, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 427 y ss.; BATISTA (Nilo, *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*, p. 84-90)

³⁶ Sobre los límites del legislador en su actividad criminalizadora y la necesidad de verificarse el merecimiento de pena, necesidad de pena y adecuación y eficacia de la medida penal cfr. BIANCHINI (Alice), *Pressupostos materiais minimos da tutela penal*, p. 92 y ss.

conciba como el último recurso (*ultima ratio*) a utilizar cuando no existen otros menos lesivos y –por ello– más idóneos para resolver los conflictos sociales.³⁷

El Tribunal Constitucional español se ha encargado de dar buena cuenta de todo eso en varias sentencias, apelando en última instancia al principio de proporcionalidad en la intervención penal. Cabe citar, a este respecto, la muy importante Sentencia 120/1990 de 27 de junio, que expresa que las limitaciones de los derechos fundamentales precisan de justificación en diversos frentes: el de la necesidad, el de la proporcionalidad y el de la intervención al mínimo posible.³⁸

La necesaria inversión de la *huida hacia el Derecho penal* (típica de los sistemas autoritarios o del Estado policial³⁹ o intervencionista) a la *huida del Derecho penal* (que caracteriza los sistemas democráticos que hacen del sistema penal un instrumento de *ultima ratio*) solo será posible, en síntesis, cuando se imponga en toda su magnitud el llamado *Derecho penal mínimo o constitucional*.⁴⁰

³⁷ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Los límites del “ius puniendi”, *ADPCP*, 1994, p. 98. Sobre los caracteres subsidiario y fragmentario del Derecho penal véase también OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, p. 358 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 59 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal. Parte general (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, p. 55 y ss.

³⁸ Cfr. más referencias en GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 56.

³⁹ Cfr. MARTOS NUÑEZ, El principio de intervención penal mínima, *ADPCP*, 1987, p. 102.

⁴⁰ Se atribuye especialmente a BRICOLA (Teoria generale del reato, *Scritti di Diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, v. 1, tomo I, 1988, p. 541 y ss.) la reconstrucción de la teoría del delito conforme a la Constitución. Sobre la identificación entre Derecho penal mínimo y Derecho penal de la Constitución cfr. BARATTA (La Politica criminale e il Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 39 y ss.). De acuerdo con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Los límites del “ius puniendi”, *ADPCP*, 1994, p. 89), “la legitimidad del *ius puniendi* estatal y del Derecho positivo que lo articula procede de la Constitución y –lógicamente– en la misma encuentra limitaciones, como corresponde a un Estado social y democrático de Derecho. De ello se deduce la imperiosa necesidad de que el Derecho penal respete y no sólo formalmente determinados principios

Conforme al principio de intervención mínima⁴¹ el Derecho penal debe presentarse como la *ultima ratio legis*⁴² para la protección de bienes jurídicos.⁴³ Es indiscutiblemente uno de los más fundamentales principios político-criminales limitadores de la actividad punitiva estatal y debe cumplir ese papel limitador del *ius puniendi* desde el primer momento de la elaboración de la norma primaria (donde asumen relevancia impar los principios de fragmentariedad y subsidiariedad) así como de la secundaria (proporcionalidad), sin perjuicio de su capital importancia también en los momentos posteriores de la aplicación de la ley penal y su ejecución (cuando entonces se enlaza con el principio de humanidad).

Si la *misión* del Derecho penal (del *ius libertatis*) es la de proteger los bienes jurídicos *más importantes* y si sus consecuencias son las más graves porque siempre implican privación o restricción de bienes *fundamentales*, se deduce que la incidencia de la sanción penal debe ser la *mínima posible*.⁴⁴

inspiradores de todo el sistema. La doctrina española, sobre todo en los últimos años, ha mostrado una preocupación creciente por la catalogación de estos principios limitadores de la intervención punitiva y por su encaje en la órbita constitucional". De entre tantos otros principios no hay duda que hoy se encaja también el de ofensividad. Vid. aún GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 44 y ss.

⁴¹ Para DIAS (Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 81) la proposición político-criminal que sugiere la intervención mínima posible del Derecho penal debería llamarse "principio de la no-intervención moderada".

⁴² Cfr. MARTOS NUÑEZ, El principio de intervención penal mínima, *ADPCP*, 1987, p. 110 y ss.

⁴³ Cfr. MARTOS NUÑEZ, El principio de intervención penal mínima, *ADPCP*, 1987, p. 100, que sintetiza: "el Derecho penal sólo tutela aquellos derechos, libertades y deberes imprescindibles para la conservación del Ordenamiento Jurídico, frente a los ataques más intolerables que se realizan contra el mismo".

⁴⁴ Véase ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal (parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 236.

Pese a la relación de complementariedad entre los principios de *fragmentariedad* y *subsidiariedad*,⁴⁵ que expresan la dimensión de la intervención penal mínima, conviene señalar que no cuentan con el mismo contenido.

La *subsidiariedad* del Derecho penal significa su posición de *ultima ratio* frente a los demás sistemas de control social formal o informal. Si otros sectores del ordenamiento jurídico se presentan como suficientes⁴⁶ y, por lo tanto, como más idóneos para la tutela de un determinado bien jurídico,⁴⁷ no debe utilizarse el Derecho penal para atender esa finalidad.⁴⁸

La *fragmentariedad*, por su parte, pretende que el Derecho penal sólo intervenga frente a los *ataques* especialmente graves al bien jurídico seleccionado en razón de su gran relevancia social.⁴⁹ Únicamente las infracciones graves (intolerables), en suma, justifican la intervención

⁴⁵ Sobre las distinciones entre fragmentariedad, subsidiariedad y “ultima ratio” del Derecho penal cfr. PRITTWITZ, El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 428 y ss. El carácter de “ultima ratio”, según el autor citado, constituiría el programa más unívoco (el Derecho penal sólo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo). Específicamente sobre el carácter subsidiario del Derecho penal véase QUEIROZ (Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do Direito penal*, p. 65 y ss.).

⁴⁶ Es, no obstante, un gran problema la concretización de investigaciones y comparaciones entre las diversas hipótesis de tutela y entre esas y la alternativa de no-intervención (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 252).

⁴⁷ Con respecto a la “tutela civil” de los bienes jurídicos cfr. GALGANO (*La tutela civilistica, Il sistema sanzionario penale e le alternative di tutela*, 1998, cit., p. 153-160), que después de reconocer la inoperatividad del Derecho Penal, bien como su naturaleza de “extrema ratio”, opina sobre las principales ventajas de la sanción “civil” que serían: su orientación a los intereses generales (es en razón de intereses colectivos por lo que se repara a la persona que ha sufrido el daño) y además permite –en su opinión– superar el principio de la personalidad de la pena (lo que significaría sancionar incluso la sociedad y fundar la responsabilidad en presunciones).

⁴⁸ Sobre los límites de la idoneidad del Derecho Administrativo sancionador para la tutela de bienes jurídicos relacionados con la economía, véase PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo, Il sistema sanzionario penale e le alternative di tutela*, 1998, cit., p. 72 y ss.

⁴⁹ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 72.

punitiva estatal. Ello se desprende, como ya decía Arturo Rocco,⁵⁰ “de la distinta importancia y del diverso valor del interés o bien jurídico lesionado o amenazado, así como de la dimensión y gravedad de esa lesión o amenaza”.

Para saber cuándo debe intervenir el legislador penal para proteger un bien jurídico siguen vigentes, según la más autorizada doctrina,⁵¹ los tres factores puestos de relieve en su día por M. E. Mayer: (a) el bien debe ser “merecedor de protección” (*Schutzwürdig*); (b) “necesidad de protección” (*Schutzbedürftigkeit*) y (c) la capacidad de protección (*Ubi nihil vales, ibi nihil velis*).

Si por un lado no es tarea sencilla descubrir el contenido –material– de cada uno de esos conceptos,⁵² por otro, no hay como dejar de reconocer al menos su *valor crítico negativo*, es decir, si ellos no revelan una extraordinaria aptitud y practicidad para ayudar al legislador en el momento de la selección de las conductas criminalizables, sirven al menos para orientar lo que no debe pasar por el proceso primario de criminalización.

⁵⁰ Cfr. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 150-151.

⁵¹ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 26-27.

⁵² Sobre el origen, evolución y actual y controvertido reconocimiento político-criminal de los conceptos de “merecimiento de pena” y “necesidad de pena” cfr. ANDRADE (Costa, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, p. 154-155). De todos modos, señala el autor (p. 165), parece incuestionable el triunfo de tales conceptos en la política criminal moderna, que son asumidos “como arquetipo para el legislador, como fórmulas concentradas del conjunto de principios rectores en materia de política criminal, jurídico-constitucionalmente sancionados. Son ambos, en verdad, quienes mediatizan y hacen operativos los principios constitucionales que delimitan el horizonte de criminalización: immanencia sistémico-social, proporcionalidad, carácter fragmentario y subsidiariedad”.

a) *Fragmentariedad, intolerabilidad de la ofensa y “merecimiento de pena”*

A Binding, según un *topos* a que se recorre con regular frecuencia, se debe la presencia de la “fragmentariedad” entre las “notas de reconocimiento” del Derecho penal. Pero sería muy equivocada la interpretación de que a él se debe la concepción de que el sistema penal es, por naturaleza, incompleto (y posee lagunas). Binding, en efecto, como afirma Paliero,⁵³ no ha considerado la fragmentariedad “como un valor al que se puede tender *de lege ferenda* o como un límite crítico del sistema, al contrario, a sus ojos eso es un ‘vicio de origen’, que necesita corregirse (...) por la interpretación extensiva o incluso por la analogía”.

Es con Hellmuth Mayer que el *fragmentarischer Charakter* del Derecho penal asume la naturaleza de *necesidad y coexistencialidad*, cumpliéndole seleccionar y describir con precisión solamente las conductas intolerables (*unerträgliche Beispiele*), las que constituyen los puntos de referencia para la conservación del orden ético-social.⁵⁴ En nuestros días se acepta en general el carácter fragmentario del Derecho penal no como un defecto, sino como un postulado positivo del *ius puniendi*.⁵⁵

Este giro en la valoración del carácter no *omnicomprensivo* del Derecho penal “responde al paso de una fundamentación retributiva a una

⁵³ PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperetrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985, p. 161.

⁵⁴ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Iperetrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985, p. 161.

⁵⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 90.

fundamentación preventiva”.⁵⁶ Para quien sostiene que la finalidad última del Derecho penal es exclusivamente la realización de la justicia no hay duda que ve en su fragmentariedad un defecto. Para otros, que propugnan por una finalidad preventiva de tutela subsidiaria de bienes jurídicos la tutela penal “discontinua”, parcial, es, más allá de una necesidad práctica, una natural consecuencia de la preeminencia del valor libertad como derecho fundamental de un Estado de Derecho.

Conforme al *principio de fragmentariedad* el Derecho penal sólo tiene que ocuparse de los *ataques* (lesiones o exposiciones a peligro) más graves al bien jurídico, de los más insoportables, intolerables.⁵⁷ No sanciona o no debe sancionar todas las conductas lesivas al bien jurídico, sino las ofensas de especial gravedad. Con ello se llega a la conclusión de que la protección de bienes jurídicos, como misión primordial del Derecho penal, sólo puede ser cumplida de modo selectivo, cumpliendo al legislador describir taxativa, rígida y determinadamente la forma del ataque “intolerable” y penalmente relevante, evitándose que por la interpretación se llegue a resultados expansivos del espectro de incidencia del tipo penal.

Un Derecho penal coherente con el modelo de Estado constitucional y democrático de derecho y que tiene la privación de la libertad como centro de las consecuencias punitivas sólo se *justifica* cuando se constata una lesión o peligro concreto de lesión a ese bien jurídico.

⁵⁶ Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 127.

⁵⁷ Bien sintetiza ALBRECHT (Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 116): tarea del Derecho Penal no es la criminalización de todos los comportamientos socialmente dañosos, sino, de ellos, solamente los que son *relevantes*. No son todos los ataques a la propiedad, por ejemplo, que deben ser penalmente sancionados (véase también MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 126).

Pero, si por un lado es relevante afirmar que el bien jurídico y la necesaria ofensividad innegablemente configuran dos presupuestos –mínimos– de la política de criminalización, por otro, también lo es ponderar que no todo bien jurídico es *digno* de protección penal y tampoco todos los ataques son *merecedores* de tutela de la misma naturaleza. El núcleo sustancial del principio de fragmentariedad, así, está constituido: (a) por la *esencialidad del bien jurídico*;⁵⁸ y (b) por la *intolerabilidad de la ofensa*.⁵⁹

Únicamente cuando son constatados esos dos requisitos sustanciales se puede hablar en *merecimiento de pena*,⁶⁰ que es un concepto definido “como la expresión de un *juicio cualificado de intolerabilidad social*, presente en la valoración ético-social de una conducta, en cuanto a su criminalización y punibilidad”.⁶¹ Si en el plano transistemático solamente los bienes jurídicos de *eminente* merecimiento de tutela (*Schutzwürdigkeit*) deben gozar de protección penal, en el plano axiológico-teleológico, el

⁵⁸ Es altamente controvertida la cuestión relacionada con la jerarquía de los bienes jurídicos. De todos modos, parece segura la posibilidad de individualizar ciertos valores como primordiales, los cuales tradicionalmente han merecido la protección penal. Son valores clásicos como la vida, la libertad, el honor, la integridad física y la propiedad (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 321).

⁵⁹ La idea fundamental de merecimiento de pena (dignidad penal) es el primer paso para la legitimación de la tutela penal y es cierto que esa idea se descompone en dos aspectos: la dignidad del bien jurídico y la dañosidad social de la conducta. “Así, no es suficiente cualquier lesión para un bien digno de tutela penal, sino que debe tratarse de una lesión de tal forma grave que cause verdaderos daños sociales (...); si para la determinación de los bienes dignos de tutela penal es esencial tener en cuenta los principios y valores constitucionales, para la determinación de la dañosidad social debemos partir necesariamente de la determinación de esos bienes y proceder ulteriormente a un análisis de los efectos de las conductas, siendo imprescindible la contribución de la criminología” (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 141).

⁶⁰ La doctrina mayoritaria (cfr. ROMANO, “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato, *RIDPP*, 1992, p. 51) no abona la tesis de que el merecimiento de pena (“meritevolezza”) y la necesidad de pena (“bisogno di pena”) sean la cuarta categoría de la teoría del delito, después de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Son en realidad al mismo tiempo “criterios de interpretación y de verificación de la legitimidad de los tipos de delitos” de los sistemas penales existentes y categorías esenciales de política criminal. Sobre el merecimiento de pena cfr. también BIANCHINI (Alice), *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 94 y ss.

⁶¹ Así ANDRADE (Costa, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, p. 162).

juicio de merecimiento hace referencia a la potencial y gravosa *dañosidad social de la conducta*, en cuanto lesión o peligro para los bienes jurídicos.⁶²

Para que una conducta sea calificada como ilícito penal, por lo tanto, es necesario comprobar su “intolerabilidad”, es decir, que configure una “lesión insoportable”⁶³ a las condiciones mínimas comunitarias de convivencia (a los bienes jurídicos fundamentales).⁶⁴ No sería, desde esa perspectiva, legítima la criminalización de las conductas sólo inmorales o socialmente indeseables, pero de dañosidad social dudosa.⁶⁵

La fragmentariedad, por otro lado, también contribuye a la determinación de lo penalmente relevante y lo penalmente indiferente o irrelevante. Está, por consiguiente, en la base de dos corolarios inherentes a la intervención mínima, que son: la regla de la insignificancia y la regla de la irrelevancia penal del hecho de escasa lesividad, que se está desarrollando en Italia.⁶⁶

En esta última categoría entrarían gran parte de las llamadas faltas, así como todas las infracciones de mera ordenación social (o contravenciones), que revelan naturaleza prominentemente jurídico-administrativa y, por ello,

⁶² Véase ANDRADE (Costa, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, p. 162).

⁶³ Cfr. DIAS (Figueiredo, As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal português de 1982, *RDPC*, 1982, p. 8).

⁶⁴ Cfr. ANDRADE (Costa, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, p. 157).

⁶⁵ Son ejemplos de conductas de dañosidad social remota el adulterio, la homosexualidad adulta, el consumo de drogas y en general la pornografía; también los juegos de azar, algunas infracciones de tráfico rodado y económicas de menor importancia, pequeños hurtos (*Shoplifting*), las infracciones de menor entidad (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 228 y 245 y ss.). Todas deberían ser despenalizadas (descriminalizadas) —caso aún contempladas en el ordenamiento jurídico— porque no reúnen dignidad suficiente para la tutela “penal”.

⁶⁶ Cfr. *infra* Cap. VI. n. 5.

deben quedar fuera del ámbito de la tutela penal.⁶⁷ Estamos aquí ante el problema de la delimitación de los hechos punibles y el principio de intervención mínima (subsidiariedad y fragmentariedad); éste, como importante directriz político-criminal que representa, orienta al legislador a criminalizar una conducta exclusivamente cuando la sanción no penal no sea suficiente para asegurar la convivencia social.

El legislador debería tener presente, afirma Zugaldía Espinar,⁶⁸ “que el carácter fragmentario del Derecho penal exige la puesta en práctica de un amplio proceso de *despenalización* de comportamientos considerados en la actualidad como delictivos (v.g., y sobre todo, en materia de delitos contra la propiedad, que es donde se deja sentir con más intensidad la falta de respeto al mencionado principio).

Tampoco resulta congruente con el principio de intervención mínima la existencia del Libro III del Código Penal: la presencia de las “faltas” en el Código Penal puede servir desde el punto de vista de la sociología jurídica para dar salida judicial, esto es, para dar una respuesta “formalizada” a las descargas de agresividad y sentimientos vindicativos que suelen producir determinados ecos, por definición “leves”. Pero lo mismo podría lograrse también sin lesión del carácter fragmentario del Derecho penal —en la línea de las legislaciones más modernas— con un sistema que contemple penas sin mínimos para algunos delitos y sanciones administrativas para hechos

⁶⁷ Cfr. DIAS (Figueiredo, Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português, *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, 1996, p. 31).

⁶⁸ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal (parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 238. Debe de ser considerado que las referencias del autor son anteriores al NCP/1995. Sobre las despenalizaciones llevadas a cabo por las reformas de 1983 y 1989 cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 23 y ss.; MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, p. 11 y ss.; BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 21 y ss.

de escasa gravedad al estilo de la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten alemana –ley sobre contravenciones.

Nuestra postura: todas las infracciones de menor o nimia relevancia penal, que presuponen *siempre* un menoscabo de escasa ofensividad al bien jurídico o cuando muestra un escaso contenido de desvalor ético⁶⁹ deben ser excluidas del Derecho penal, admitiéndose que algunas sean transformadas en infracción administrativa. En algunos países el legislador de posguerra viene cumpliendo gradualmente la proposición político-criminal aquí defendida y está suprimiendo del ámbito de lo punible (penalmente) las infracciones de poca importancia: es el caso de Alemania,⁷⁰ Francia,⁷¹ Austria, Suiza, Portugal,⁷² Italia⁷³ y España.⁷⁴

⁶⁹ Cfr. ROXIN, *Derecho penal–PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 66, que ejemplifica al respecto con la imprudencia insignificante, algunas conductas poco nocivas al medio ambiente, pequeños hurtos etc.

⁷⁰ En Alemania esa actividad descriminalizadora ha empezado con la ley penal económica de 1949, después se desarrolla en la OwiG de 1952 y finalmente en la amplia OwiG de 1968. Desde 1975 todas las antiguas faltas han sido suprimidas y en su mayor parte transformadas en contravenciones (administrativas): véase ROXIN, *Derecho penal–PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 53.

⁷¹ Cfr. referencias en SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, p. 27 y ss.

⁷² Cfr. DIAS (Figueiredo, Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português, *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, 1996, p. 31 y ss.).

⁷³ Cfr. MANNA, *Benni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 115 y ss.; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, p. 27 y ss.; PADOVANI, La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni, *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 121 y ss. Una importante y amplia despenalización ha ocurrido recientemente en Italia con el Decreto Legislativo 507, de 30.12.1999 (que tiene como fuente la Ley 205, de 25.06.1999).

⁷⁴ Las distintas reformas aprobadas desde 1976 en España poseen en común, y de conformidad con los principios humanitarios y humanistas del movimiento de reforma de los años sesenta, una tendencia de descriminalización y de rebaja de las penas: así GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 41. En cuanto a la despenalización de las faltas cabe subrayar, entre otras, la reforma de 1983 (cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 186 y ss.; véase también MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, p. 11-13) y, además del nuevo Código Penal de 1995, especialmente la reforma de 1989, por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio que ha permitido una amplia

En consecuencia de lo expuesto, es fundamental distinguir el ilícito “penal” del “administrativo”.⁷⁵

Pese a su tendencial vaguedad, parece cierto que el principio de fragmentariedad también puede contribuir para establecer la distinción referida, que no ha encontrado solución ni en la consideración del injusto, ni en la teoría diferenciadora cuantitativa: “la perspectiva que se centra en el injusto y su conformación para distinguir lo penal y lo administrativo es errónea. Por eso era errónea la teoría clásica de base ética. Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa”.⁷⁶

descriminalización de las faltas: cfr. BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 193 y ss.; MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, p. 14-17 y 144 y ss.

⁷⁵ Sobre la diferencia entre el ilícito penal y el ilícito administrativo cfr. MARTOS NUÑEZ, El principio de intervención penal mínima, *ADPCP*, 1987, p. 128 y ss., que examinó las teorías diferenciadoras que atienden a criterios *cualitativos* (los ilícitos administrativos protegen sólo intereses administrativos, no auténticos bienes jurídicos), *cuantitativos* (falta al ilícito administrativo el alto grado de reproche), y las *indiferenciadoras*. El citado autor afirma: “Ciertamente ambos ilícitos guardan importantes diferencias formales y materiales. Así, en primer lugar, la categoría de bienes jurídicos que regula la actividad administrativa difiere esencialmente de la que garantiza el Derecho penal, por cuanto existe un mayor predominio de bienes de naturaleza jurídico-pública; la infracción administrativa incumple deberes jurídicos del administrado respecto de la Administración en base a los principios de jerarquía y subordinación; el delito, además, lesiona el sentimiento jurídico del pueblo; de ahí que en el injusto penal sea mayor la intensidad del juicio de reproche; la pena criminal puede privar al sujeto de bienes esenciales (libertad individual) y ello es imposible con el ilícito administrativo”. Cfr. aún: BRICOLA (Prologo al libro *El proceso despenalizador* de PERIS RIERA, p. VIII) que señala: “las técnicas de tutela administrativa deben articularse a través de formas sancionadoras que no impliquen en modo alguno restricciones de la libertad personal; pueden dar vida a figuras de ilícito menos rigurosamente ligadas al principio de necesaria lesividad (el ilícito despenalizado o administrativo puede ser de peligro presunto) y al principio de culpabilidad o de personalidad; pueden fundarse sobre premisas de legalidad más ágiles”; MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 125 y ss., para quien para distinguir los citados ilícitos son también relevantes dos otros criterios: (a) de la necesaria ofensividad (inherente al ilícito penal) y (b) la estigmatización. Para otras matizaciones distintivas: cfr. BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 194 y ss., que subrayan la incidencia en el Derecho administrativo sancionador de los principios inspiradores del orden penal (ob. ult. cit., p. 199).

⁷⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, *Actualidad Penal* de 1998, p. 440 y ss. y especialmente p. 442.

Lo decisivo para distinguir el ilícito penal (que podríamos quizá llamar *crimen*) del administrativo (que a lo mejor podría ser llamado *delito administrativo*), afirma Silva Sánchez,⁷⁷ “no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo... lo decisivo aquí vuelve a ser el criterio teleológico: la finalidad que persiguen, respectivamente, el Derecho penal y el administrativo sancionador. El primero persigue proteger bienes concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad concreta e imputación individual de un injusto propio. El segundo persigue ordenar, de modo general, sectores de actividad (reforzar, mediante sanciones, un determinado modelo de gestión sectorial). Por eso no tiene por qué seguir criterios de lesividad concreta, sino, más bien, de afectación general, estadística; asimismo, no tiene por qué ser tan estricto en la imputación, ni siquiera en la persecución (regida por criterios de oportunidad y no de legalidad)”.

En conclusión, el ilícito “penal” constituye el objeto del *ius poenale* del *ius libertatis*: en cuanto a él impone la estricta observancia de todas las garantías penales y procesales; ya el ilícito “administrativo”, que merece consideración dentro del llamado Derecho administrativo sancionador y jamás será castigado con sanción privativa de libertad, puede contar con la posibilidad de flexibilización de la imputación y de las garantías, admisibilidad de la justicia consensuada etc.

⁷⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, *Actualidad Penal* de 1998, p. 440 y ss. y especialmente p. 442.

En lo concerniente a las infracciones que no son de “escasa ofensividad” *in se*, pero concretamente ocasionan una lesión de pequeña gravedad, parecen válidas, en su caso, las reglas de la insignificancia (o de la irrelevancia penal).

b) Subsidiariedad, idoneidad y “necesidad de pena”

Debido al principio de subsidiariedad –que aquí se utiliza con el significado de “*ultima ratio*” de la política social, no en el controvertido y refutado sentido de la accesoriedad o secundariedad del Derecho penal⁷⁸ la intervención “penal” (penas y medidas) ha de justificarse exclusivamente cuando otras instancias formales o informales no sean más idóneas para la tutela del bien jurídico considerado.

El Derecho penal del *ius libertatis*, en definitiva, no es instrumento apropiado para la protección de intereses o valores que no cuenten con “dignidad” penal (suficiente importancia o validez y concordancia axiológico-constitucional), precisamente porque las penas y medidas, más allá de constituir reacciones de “*extrema ratio*”, no son los únicos medios de protección de que dispone el ordenamiento jurídico.

Los bienes “dignos” de tutela, por otro lado, deben ser debidamente valorados para que se descubra con equilibrio y justicia el medio de protección menos lesivo al ciudadano y a la vez más eficaz.

⁷⁸ Sobre la polémica doctrinal entre los que afirman la subsidiariedad del Derecho penal y los que propugnan por su independencia y autonomía véase MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 61-70.

De todos modos, no todo bien de elevada “dignidad” (merecimiento) implica la “*necesidad*” de tutela penal.⁷⁹ La decisión de elegir el medio más contundente (pena o medida) presupone, así, un examen razonable de las perspectivas mejores que ellos concretamente ofrecen.

Por encima de todo y conforme a una gradual política de selección, la elección del adecuado instrumento de protección debe recaer en primer lugar sobre los que no cuentan con el carácter de sanción, como son, por ejemplo, las medidas de política social;⁸⁰ a continuación vienen las sanciones disponibles en el ordenamiento jurídico pero no penales (civiles, administrativas, mercantiles etc.); por último, cuando se constata la inidoneidad de estos medios, entonces sí, y como “*extrema ratio*”, está legitimada la intervención de las sanciones penales (penas y medidas).

Ya von Liszt destacaba que “no se puede castigar –por falta de *necesidad*– cuando otras medidas de política social o bien las propias prestaciones voluntarias del delincuente garanticen una suficiente protección de los bienes jurídicos; e incluso aunque no se disponga de posibilidades más suaves, hay que renunciar –por la falta de *idoneidad*– a la pena cuando sea político-criminalmente inoperante o incluso nociva”.⁸¹

Necesidad e idoneidad, en suma, son las distintas dimensiones que integran el núcleo esencial del concepto de *necesidad de pena*, que tiene, en suma,

⁷⁹ Cfr. CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 345 y ss., que señala que la jerarquía elevada del bien es meramente tendencial, por consiguiente, no basta la presencia de un valor primordial, ha que considerarse también los grados de lesividad). Sobre el concepto de necesidad de pena cfr. aún BIANCHINI (Alice), *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 164 y ss.

⁸⁰ Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 125, que hace referencia a los “substitutivos penales” propugnados por Ferri.

⁸¹ Apud ROXIN, *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 44, para quien “la huida al Derecho penal frecuentemente no significa sino que la sociedad elude sus tareas creadoras de tipo político-social” (p. 45).

el significado de que “el Derecho penal sólo debe intervenir cuando la protección de los bienes jurídicos no pueda alcanzarse por medios menos gravosos para la libertad. La afirmación de la necesidad de la tutela penal significa ‘que la tutela penal es también *adecuada y necesaria* (*geeignet und erforderlich*) para la prevención de la dañosidad social, y que la intervención del Derecho penal en el caso concreto *no desencadena efectos secundarios, desproporcionadamente lesivos*.

“La imprescindibilidad de la tutela penal se analiza, asimismo, en un doble y complementario juicio: en primer lugar, un juicio de *necesidad* (*Erforderlichkeit*), por ausencia de una alternativa idónea y eficaz de tutela no penal; en segundo lugar, un juicio de *idoneidad* (*Geerignetheit*) del Derecho penal para asegurar la tutela, y para hacerlo al margen de costos desmesurados en cuanto al sacrificio de otros bienes jurídicos, *maxime* la libertad”.⁸² Sólo el bien jurídico que atienda a la doble exigencia (positiva, es decir, axiológica; negativa, es decir, de la necesidad) podrá calificarse de bien jurídico-penal.⁸³

De todos modos, aunque la intervención mínima sea una directriz político-criminal de primera línea, no se puede dejar de subrayar su valor no absoluto (“relativo”); no constituye un límite nunca infranqueable (riguroso) por el legislador porque, entre otras razones, (a) no es tarea sencilla distinguir entre bienes merecedores de tutela y bienes no merecedores de protección penal; (b) hay gran dificultad para diferenciar

⁸² Así ANDRADE (Costa, Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teleológico-racional del delito, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, p. 164).

⁸³ CARVALHO (Taipa, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito penal. Análise histórica, sentido e limites*, p. 90).

los diversos grados de ofensa al bien jurídico e individualizar la ofensa intolerable.⁸⁴

c) Argumentos empíricos del Derecho penal mínimo

Un Derecho penal rigurosamente mínimo no es rasgo esencial de ningún Estado democrático. El Estado de Derecho limita el recurso al Derecho penal a las infracciones plasmadas en la ley, pero nada dice sobre el contenido de la ley. De cualquier manera, no hay duda que el Derecho penal del *ius libertatis* debe ser mínimo (sobre todo en razón del principio de proporcionalidad). Los límites del Derecho penal no deben establecerse arbitrariamente.

Más allá de los argumentos normativos, cabe subrayar las siguientes fundamentaciones “empíricas”⁸⁵ para la limitación del Derecho penal: (a) el sistema de control de la criminalidad está limitado por la capacidad del aparato de control, es decir, por los medios humanos y materiales (recursos limitados); (b) pocas cosas positivas se producen con el Derecho penal y son muchos los perjuicios; (c) “no se puede dejar que se desafíe espada de la pena empleándola en cualquier ocasión insignificante; si se utiliza para cortar así madera, fallará cuando el golpe sea realmente necesario; (d) alta cifra negra (la pena sólo podría mantener su efectividad social en la medida en que la mayoría no recibe lo que se merece); (e) la sociedad necesita sólo

⁸⁴ Cfr. MANTOVANI, Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, *RIDPP*, 1997, p. 319-320.

⁸⁵ Cfr. PRITZWITZ, El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 442 y ss.

de un número determinado de “chivos expiatorios” (psicología profunda): siendo cierta esa tesis, “entonces tiene naturalmente sentido considerar hechos punibles sólo parte de las conductas *merecedoras* de pena”.

3. Derecho penal y Estado constitucional de Derecho (= de los derechos fundamentales): el fundamento constitucional de la intervención penal mínima

a) Del legalismo “formal” al Derecho penal del Estado de Derecho “material”

Son ciertamente numerosos los factores a que se debe la expansión del Derecho penal y, en consecuencia, la erosión tendencial de sus principios garantistas clásicos. Entre ellos, y en la raíz de esa intervención “máxima”, está seguramente una concepción *positivista legalista (relativista)* del derecho, que ha permitido a los que gobiernan tener en sus manos las normas jurídicas como un “juguete” prácticamente sin límites.

El antiguo Estado de Derecho liberal, en los albores del modelo liberal de Estado y en la perspectiva de la Revolución francesa, representó un avance garantista incommensurable, no sólo porque los revolucionarios tenían la ambición de reconstruir enteramente el sistema jurídico, sino también porque las normas fueron concebidas en una jerarquía, con primacía para los derechos naturales del hombre.⁸⁶

⁸⁶ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 24: “Cette construction sera l'oeuvre de la Révolution. Les révolutionnaires avaient pour ambition de reconstruire le système juridique sur des bases entièrement nouvelles: la démarche déductive qu'ils adoptent pour ce faire les conduit à dégager avec une

Pero resultó incapaz de contener la “*omnipotence*” del legislador, que fue favorecido por largo tiempo por el dogma de que representaba la voluntad general.⁸⁷ La “sacralización del legislador”⁸⁸ aportó el sustrato ideológico

parfaite netteté différents paliers ou niveaux successifs, qui s'emboîtent et s'articulent logiquement. Au sommet, les «*droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme*», que l'Assemblée nationale «*reconnait et déclare*»: cronologiquement mais surtout ontologiquement première, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen constitue le niveau axiologique le plus élevé, la «*loi fondamentale des lois de notre Nation*» (Dupont de Nemours), qui est au demeurant dotée d'une portée universelle. Au-dessous de la Déclaration se situe la Constitution, qui a pour objet d'assurer la garantie de ces droits, qu'elle transforme ainsi en «*droits civils*» et de réaliser la séparation des pouvoirs (art. 16). Puis la loi, adoptée par le corps législatif, qui, si elle ne saurait porter atteinte et mettre obstacle «*à l'exercice des droits naturels et civils*» garantis par la constitution (titre 1 de la Constitution du 3 septembre 1791), dispose d'une «*autorité supérieure*». Enfin, au bas de la pyramide, les actes émanant de l'Exécutif qui, s'il représente lui aussi la Nation et est chargé d'assurer la promulgation et l'exécution des lois, ne dispose pas d'un véritable pouvoir normatif mais a seulement la possibilité de faire des «*proclamations, conformes aux lois, pour en ordonner ou en rappeler l'exécution*». Quant aux administrateurs, dont la fonction n'a «*aucun caractère de représentation*» et qui ne peuvent dès lors prétendre «*vouloir por la Nation et exprimer la volonté générale*», et aux juges, ils ne peuvent «*ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ni suspendre l'exécution des lois*». La pyramide est donc formellement d'une totale rigueur”.

⁸⁷ Cfr. ROUSSEAU, *Do contrato social*, Libro IV, Cap. I y II: “la voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general: por ella es que son ciudadanos y libres”; “Cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes”. “Sabemos hasta qué paroxismo llevó a la Revolución Francesa la idolatría de la ley. Juramentos cívicos, fiestas patrióticas y pompa de la promulgación, todo se ordenaba para dar una recepción triunfal a las innovaciones legislativas. Esta publicidad hubiera sido ineficaz si no hubiera encontrado en el público un convencimiento entusiasta y *a priori* de la bondad de la ley. El *Contrato Social* encantaba a los espíritus: la ley (la verdadera ley) emana de la voluntad general: la voluntad general no puede querer otra cosa que el bien; por tanto, toda ley es en sí misma un bien –por el milagro de su fuente” (cfr. CARBONNIER, *Ensayos sobre las leyes*, trad. Luis Díez-Picazo, p. 246). Junto a la figura del juez racional, la filosofía iluminista construyó también la figura del legislador racional. La Ilustración jurídica puede concebirse como un esfuerzo por trasladar al Derecho positivo, obra de la voluntad política, las virtudes propias de un Derecho natural diseñado por la razón. La ley, en la era de las Luces, no representa una voluntad despótica, sino una ley limitada por los derechos naturales del hombre; no es una amenaza para la libertad, sino su garantía; el legislador es “necesariamente justo”, luego, no puede lesionar los derechos individuales. Se profesa una extraordinaria fe en la justicia legal por ser parte de la idea de que la ley expresa la voluntad general (véase Art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789) (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 32 y ss.). La soberanía histórica del monarca ilustrado fue sustituida por la soberanía abstracta de una voluntad general. Todo ello luego se transformó en una ilusión y provocó una consecuencia terrible, bajo la orientación del positivismo legalista, cual sea la de que “la ley es sagrada, inviolable y debe ser obedecida sin condiciones, incluso cuando resulte insoportablemente injusta” (cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 7-17).

⁸⁸ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 25: “Les révolutionnaires sont imprégnés de la mystique rousseauiste de la loi qui, votée par les représentants de la Nation et censée exprimer la volonté générale, se trouve investie d'une puissance toute particulière au sein de l'ordre juridique. La confiance mise en la loi est attestée déjà dans la Déclaration elle-même, qui, si elle fixe à la loi quelques limites (art. 5 et 8), renvoie systématiquement à elle pour la détermination concrète des

para el más riguroso *legalismo*: a ley es la suprema y casi única fuente del Derecho y los jueces pueden y deben resolver todo conflicto con su único auxilio.⁸⁹ Hasta hoy, sobre todo donde el *constitucionalismo* es incipiente, el positivismo produce consecuencias nefastas para la construcción de un Estado verdaderamente democrático y justo.

La más sublime garantía que ofrecía el originario Estado de Derecho era la *legalidad* de los delitos y de las penas. Pero, luego se transformó en una garantía puramente *formal*, porque por medio de la ley también se pueden cometer arbitrariedades. Los gobiernos autoritarios gobiernan en general mediante la ley y es por ello que no tenía razón Kelsen en su positivismo formalista.⁹⁰ La ley pasa a ser no un paradigma de racionalidad, sino “la voluntad del legislador”. Y el Estado asume la posición de fuente única del derecho. De la supremacía racional de la Ilustración se pasa a la supremacía

conditions d'exercice des droits proclamés et la délimitation de leur étendue, rendant ainsi factice la prééminence accordée aux droits de l'homme et leur mise hors d'atteinte des pouvoirs institués. En fait, la logique du gouvernement représentatif aboutit à transférer la souveraineté de la Nation sur la tête de ses représentants, seuls chargés d'exprimer sa volonté. La pyramide se trouve ainsi d'emblée déséquilibrée: la hiérarchie des normes tendra de plus en plus à être interprétée comme l'expression de la simple prééminence de la loi et assimilée au «principe de légalité»; et la décadence au cours du XIX^e siècle de la notion de Constitution, du fait de la précarité des textes et de leur contenu purement technique, ne fera qu'accentuer le glissement vers l'«infaillibilité» et l'«omnipotence» parlementaires”.

⁸⁹ Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 16.

⁹⁰ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 94 y 96: “En poussant le positivisme juridique jusqu'à ses conséquences ultimes, l'approche kelsénienne a permis de dégager *a contrario* certaines exigences sous-jacentes au système de l'Etat de Droit; elle montre que l'Etat de Droit ne saurait être réduit à un simple agencement hiérarchisé des normes juridiques, sans prise en compte du contenu même de ces normes: l'Etat de Droit n'est pas «l'Etat de n'importe quel droit» (D. Rousseau, in D. Colas, 1987), mais d'un droit sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes ... En posant que tout Etat est nécessairement, en tant qu'ordre juridique, un Etat de Droit, Kelsen s'enfermait dans un redoutable dilemme pour l'étude des régimes totalitaires. De deux choses l'une en effet: ou bien ces Etats comportent bien un ordre juridique et il faut alors les ranger dans la catégorie des Etats de Droit; ou bien leur droit ne répond pas aux critères d'un ordre juridique, mais alors ils ne sont plus réellement des Etats... Ce dilemme suffit à montrer que, contrairement au point de vue positiviste, l'existence d'un ordre juridique formel n'est pas suffisante pour que l'on puisse parler d'«Etat de Droit»”.

de la ley. En el siglo XIX y hasta la segunda Guerra Mundial predominó el *legalismo positivista* (o positivismo legalista)⁹¹, es decir, un tipo de ideología jurídica que prescindiendo de cualquier condicionamiento constitucional, confía a la ley la plena soberanía: la ley lo puede todo, no depende de nada y es un dogma para el jurista y, desde luego, para el juez.⁹²

En las manos del legislador especialmente se concentró la distribución del poder punitivo estatal, pero sin ninguna traba que le impidiera de utilizarlo sea en las contingentes luchas políticas, como instrumento de opresión sobre el adversario, el enemigo, el diferente, el desviado, sea en las más especiales situaciones sociales y de emergencia. Se sabe que no hay ley que impida al tirano de practicar arbitrariedades. No hay género alguno de violencia o usurpación que no acabe por quedar justificado por medio de una ley propositadamente elaborada.

Como consecuencia del *positivismo legalista (relativista y politizado)* sucede no sólo la destrucción del mito del legislador racional, sino también una progresiva degeneración (pérdida de contenido) del principio de legalidad, particularmente de la legalidad “penal” (que debe siempre representar el marco de la justicia penal). El voluntarismo positivista termina desembocando en un puro irracionalismo de consecuencias jurídicas antidemocráticas. Todo ello ha permitido, durante el régimen nazi, la sustitución del *Rechtsstaat* por el *Führerstaat*, llegando Carnelutti a afirmar que no existe ninguna “verdadera razón por la cual un acto

⁹¹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 43 y 44: “Todo derecho debe encerrarse en Leyes, los jueces deben limitarse a inquirir de la Ley la solución debida, fuera de la Ley no hay criterios jurídicamente válidos. En otros términos: la Revolución Francesa ha conducido derechamente a lo que hoy llamamos positivismo jurídico o legalista”.

⁹² Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 18.

socialmente dañoso no expresamente previsto en la ley penal no pueda ser castigado”.⁹³

Cuando “todo Derecho se convierte en Derecho público”, del Estado, y el delito pasa a ser lo que el legislador quiere que sea, el principio de legalidad “penal” y especialmente la praxis de éste llegan a una situación deplorable. Incluso en la actualidad, prácticamente no existe una discusión sobre la relación entre ley penal y lo que merece ser recogido en ella. En la ley penal todo es posible, con tal que se alcance cierto grado de precisión. El estudiante ya no muestra respeto por la ley penal; pero tampoco se le inculca dicho respeto. Únicamente se enseña y se aprende una habilidad en el manejo de unos textos que se hallan en las recopilaciones de leyes e que ya resultan difíciles de encontrar.⁹⁴

La unidad entre contenido (justicia penal) y forma (legalidad) fue propugnada por Feuerbach,⁹⁵ para quien la ley sólo podía sancionar “un mal sensible”: “toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible (...); toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*); la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*); el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada”.

⁹³ Apud PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 21.

⁹⁴ Cfr. NAUCKE, La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 531-533.

⁹⁵ Cfr. FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Zaffaroni/Hagemeiner, p. 63.

En el enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege* se hace referencia con *crimen* al injusto verdaderamente grave contra la persona o el Estado; con *poena* a la condena soberana del injusto grave. La fuerza de la amenaza sólo será posible si se da un engarce entre el injusto grave y el convencimiento si sancionado adecuadamente. Principio de legalidad penal y dignidad penal son conceptos jurídicos complementarios. La ley penal, en Feuerbach, representa la justicia. La ley únicamente castiga la infracción jurídica merecedora de pena.⁹⁶

El panorama jurídico-penal sufre un cambio radical cuando se impone el *positivismo*: con Binding, como se sabe, “se desarrolla aquella singular relación, tan útil para las necesidades profesionales de los modernos juristas, entre el contenido casual, condicionado por el tiempo, y una apurada estilización de las forzosas posibilidades legales, aquella relación que se perpetúa como típica en el Derecho actual, y que en la praxis conduce a acabar con el principio de legalidad penal. La ley no es más que un gesto despótico (...) Como la ley es pura forma vacía, puede desde una concepción positivista acoger de todo: derecho, desorden o injusto. No caben restricciones. También la ley injusta es válida (...) Por ello el penalista que se entregue al positivismo jurídico-penal se convierte en un ingeniero de la protección del Estado”.⁹⁷

⁹⁶ Cfr. NAUCKE, La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 535-536.

⁹⁷ Cfr. NAUCKE, La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 536, 542 y 545.

Fueron las modernas constituciones y el fenómeno de la internacionalización del Derecho los responsables de una nueva configuración del “viejo” y formalista Estado de Derecho, transformándolo en *Estado Constitucional de Derecho* que significa en última instancia el *Estado de Derecho de los derechos fundamentales*.⁹⁸

Los dos principales perfiles que constituyen la base de esta evolución son:⁹⁹

(a) el carácter rígido de la Constitución y (b) sobre todo, la elevación de un patrimonio propio de valores fundamentales a criterios *materiales*, *substanciales* de legitimación de la acción legislativa.¹⁰⁰

⁹⁸ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 47 y ss.: “La justicia constitucional parte de la consideración de la Constitución como norma jurídica, norma invocable en juicio por los ciudadanos y no sólo organizadora de los poderes superiores, que era como se estimaba hasta entonces. Ahora bien, la norma constitucional formula, por una parte, un cuadro de derechos fundamentales, los cuales van a dejar de ser meros enunciados finalistas que sólo en cuanto los asumiese el legislador tendrían alguna eficacia, y en la medida en que el propio legislador libremente quisiera; a partir de la consideración de la Constitución como norma, los derechos fundamentales pasan a ser directamente operativos, sin necesidad de la intermediación legal y aún por encima de esa intermediación, instaurándose, en un concepto repetido por nuestro Tribunal Constitucional, como los elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional”.

⁹⁹ Cfr. PALAZZO, *Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 164.

¹⁰⁰ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 71: “D’autre part, la question de l’Etat de Droit a été profondément renouvelée par un accent nouveau mis sur le contenu du droit: l’Etat de Droit n’évoque plus seulement l’existence d’un ordre juridique hiérarchisé, mais encore un ensemble de droits et libertés; supposant un certain «état du Droit», il tend à acquérir un caractère «substantiel», qui le rapproche de la conception britannique du *Rule of Law*. Cette évolution est particulièrement nette en Allemagne. La consécration explicite de la notion d’«Etat de Droit» par la loi fondamentale du 23 mai 1949 (art. 28) a été assortie d’un élargissement des perspectives: l’Etat de Droit ne renvoie plus seulement à une certaine conception de l’ordre juridique, mais encore à une série de droits fondamentaux; la notion formelle s’est ainsi enrichie d’une notion matérielle ou substantielle (M. Fromont, 1984). Cette évolution a été confirmée au niveau européen: par «Etat de Droit», il faut entendre, selon la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de justice des communautés européennes, un ensemble de mécanismes de protection des libertés individuelles; le «principe de la prééminence du droit», consacré par l’article 3 du statut du Conseil de l’Europe (5 mai 1949), est indissociable du «principe en vertu duquel toute personne... doit jouir des droits de l’homme et des libertés fondamentales», et la Cour européenne en donnera une interprétation extensive (P. Wachsmann, 1997)”.

Uno y otro de éstos caracteres evolutivos del moderno constitucionalismo e internacionalización van en sentido de una delimitación de la omnipotencia del legislador; sería posible decir, por lo tanto, que el principio *democrático* ha sufrido la necesidad de una progresiva adaptación y contención para coexistir con un principio de *garantía*".

La garantía del Estado Constitucional de Derecho va más allá del formalismo y pretende delimitar el ámbito de movilidad del legislador ordinario, imponiendo primordialmente su vinculación a los valores materiales y substanciales plasmados en los textos constitucionales e internacionales, con la ventaja de que "las modernas constituciones realizaron aquella clase de milagro jurídico que es la *positivización del Derecho natural*".¹⁰¹

Ha ocurrido lo que los constitucionalistas llaman de "proceso de constitucionalización de los derechos fundamentales"¹⁰² y paralelamente un

¹⁰¹ Véase PALAZZO, Estado constitucional de Derecho y Derecho penal. *Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 155. Cuando se habla hoy de Estado constitucional "se quiere añadir una cierta especificación al concepto genérico de Estado de Derecho. De entrada, la idea que el Estado constitucional viene a subrayar de manera singular es la de limitación y control del poder, de todo poder, incluido el legislativo" (cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 32). El papel que desempeñaba antes el Derecho natural respecto del soberano, lo desempeña ahora la Constitución respecto del legislador (...) el legislador ya no es la viva voz del soberano, legitimado para dictar normas con cualquier contenido, sino que, sin convertirse tampoco en un autómata ejecutor de la Constitución, ha de ajustar su política a las exigencias constitucionales (véase PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 37).

¹⁰² Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 105: "Ces droits ont d'abord bénéficié d'un processus de *constitutionnalisation*: que celle-ci résulte, comme en Allemagne en 1949, d'une incorporation expresse dans le texte constitutionnel lui-même, ou, comme en Italie et en France après 1971, de la conception extensive des normes de référence adoptée par les juridictions constitutionnelles, elle a pour effet d'élargir considérablement la sphère d'un droit constitutionnel, qui ne concerne plus seulement les institutions (droit constitutionnel institutionnel) et les normes (droit constitutionnel normatif) mais encore les libertés (droit constitutionnel substantiel) (L. Favoreu, 1990) ; partout, on trouve désormais un «bloc de constitutionnalité», formé d'un ensemble de règles placées sous la protection des juridictions constitutionnelles et mises à l'abri de toute intervention du législateur".

idéntico proceso de internacionalización.¹⁰³ Pero la máxima evolución del constitucionalismo e internacionalismo moderno se alcanzó “cuando se empezó a hablar de una trama de *valores constitucionales [e internacionales]* vinculados al contenido mismo del Derecho penal. Es el punto de máxima compenetración entre la Constitución y la Política criminal, pero es también de inevitable tensión”.¹⁰⁴

Es precisamente con base en esa conexión indisoluble entre valores constitucionales, Política criminal y Derecho penal donde empiezan a surgir algunas “opciones dogmáticas y político-criminales” reconducibles a un modelo punitivo de *mínima intervención*, al mismo tiempo en que permite a (re) construcción de un sistema que posibilite una solución justa y adecuada de los problemas concretos que la vida presenta al Derecho penal.¹⁰⁵

Figueiredo Dias,¹⁰⁶ por ejemplo, basándose en el complejo entramado entre valores constitucionales y sistema penal, entiende que pueden ser planteadas las siguientes orientaciones: (a) en un Estado de Derecho

¹⁰³ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 106: “Parallèlement, on a assisté à l'internationalisation de ces droits, dans la voie ouverte par le procès de Nuremberg et l'apparition de la notion de «crime contre l'humanité». La *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948 par l'assemblée générale des Nations-Unies, a constitué le premier pas dans cette direction: l'objectif poursuivi par René Cassin, qui prendra une part très importante dans son élaboration et dans sa rédaction, était de bâtir le premier instrument d'une protection effective des droits de l'homme au niveau mondial”.

¹⁰⁴ Cfr. PALAZZO, *Estado constitucional de Derecho y Derecho penal. Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 173. Aún sobre la influencia de la Constitución en el Derecho penal cfr. MAIWALD, *Criteri-guida per una teoria generale del reato, Il Diritto penale alla svolta de fine millennio*, 1998, p. 236.

¹⁰⁵ Sobre los vínculos entre Derecho penal y Constitución cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal. Parte general. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal*, p. 41 y ss.

¹⁰⁶ DIAS (Figueiredo), *Direito penal e Estado-de-direito material, RDP*, 1982, p. 40 y ss.

material [o Estado Constitucional de Derecho] el momento esencial de todo derecho es el de la justa decisión del caso jurídico concreto (aplicación *hic et nunc* justa); (b) al Derecho penal le cabe la función exclusiva de protección de bienes jurídicos fundamentales de la comunidad, de las condiciones sociales básicas necesarias a la libre realización de la personalidad de cada persona –protección subsidiaria y fragmentaria; (c) la dignidad humana es el fundamento axiológico del principio de culpabilidad, que delimita la responsabilidad penal de la persona.

En cuanto a la *justicia concreta de la decisión* importa subrayar la falta de actualidad y disfuncionalidad del dogma positivista legalista consistente en que el legislador cuenta con total libertad de elección con relación al contenido de las normas jurídicas y que el juez y el intérprete no pueden valerse de ningún otro “criterio de valoración” que los plasmados previamente en la ley.

Es enteramente rechazable el absoluto “deductivismo” silogístico, típico de la “jurisprudencia de los conceptos”. De cualquier manera, no se puede negar que en la construcción de la doctrina del delito hay un momento inicial de pura subsunción formal, que deriva del principio de legalidad. De cualquier modo, de la subsunción de la conducta a la ley no se puede deducir automáticamente la existencia del injusto penal. El delito ya no es regido por un juicio de subsunción, sino de ponderación que incumbe al juez.

Del Estado decimonovenoónimo, en suma, se pasa a un Estado Constitucional. La principal consecuencia de ésa transformación repercutirá en la posición del juez dentro del Estado de Derecho: de la concepción puramente “formalista” del juez (“legalista”), que no podía

pronunciar otras palabras sino las de la ley (“*la bouche qui prononce les paroles de la loi*”)¹⁰⁷, se llega al protagonismo de los jueces, que manejando los valores y principios constitucionales, casi siempre contradictorios, deben justificar la decisión con criterios de razonabilidad, ponderación y proporcionalidad (cfr., por ejemplo, STC 104/1986).¹⁰⁸ De todos modos, “el papel del juez deberá seguir siendo el de un servidor de la Constitución y de la ley, en nombre de las cuales habla y de las cuales, y no de ninguna otra fuente mágica, extrae únicamente la fuerza de sus Sentencias”.¹⁰⁹

b) De la deseable “constitucionalización del Derecho penal” a la hipertrofiante “penalización de la Constitución”

¹⁰⁷ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 67: “Mais l'effacement s'exprime aussi dans la conception du rôle du juge: figure centrale, personnage-clé de l'Etat de Droit, le juge se voit assigner la fonction de garantir le respect des lois; mais cette fonction est perçue comme une fonction «objective», excluant toute marge de libre détermination. Si le contrôle juridictionnel ne dégénère pas en «gouvernement des juges», c'est parce que le travail juridictionnel est censé être de nature purement déductive; le juge ne ferait qu'«appliquer» la loi, en tirant les conséquences de la hiérarchie des normes; au service exclusif de la norme, il n'exercerait pas lui-même de «pouvoir». Et son indépendance ne ferait que témoigner de la transcendance du droit par rapport au politique. Les cosntituants percevront ainsi la fonction exercée par les juges comme une fonction d'application purement mécanique de la loi (M. Verpeaux, «La notion révolutionnaire de juridiction», *Droits*, 1989, n. 9, p. 36): juger consiste, au terme d'un raisonnement syllogistique, à faire application de la loi aux situations particulières; «*ministre de la loi*», le juge doit s'en tenir strictement à la lettre du texte, en suivant fidèlement la volonté du législateur”. Véase aún GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 39.

¹⁰⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 40-41, donde señala: “El protagonismo judicial no es, pues, una moda pasajera fruto de un frenial afán competitivo por robar cuota de pantalla a los políticos..., sino la cabal consecuencia de la supremacía constitucional. El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preeminencia del juez. Primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez, pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues, ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá orientar la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esta labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso”.

¹⁰⁹ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 55.

Si por un lado no hay como dejar de reconocer la virtual dimensión garantista derivada del proceso de *constitucionalización del Derecho penal* (proceso que en algunos países todavía está en fase inicial de desarrollo – Brasil, v.g.–, mientras que en otros continua en gradual evolución –España, v.g.–, a pesar de algunas interrupciones o discontinuidades, como es el caso de Italia),¹¹⁰ por otro lado, no se puede ignorar que tal proceso está estructurado en una doble vía, es decir, también hay un enorme número de *cláusulas penales* contenidas en las constituciones (a este proceso llaman entonces *penalización de la Constitución*). En síntesis, como advierte Palazzo,¹¹¹ “hay una preocupación de la Constitución por garantizar la asunción del instrumento penal para la tutela de la propia existencia, más que indicarle al Derecho penal una nueva tabla de valores sociales a tutelar”.

El discurso que resulta del vínculo entre la Constitución, el Derecho penal y la Política criminal, como se ve, es ambivalente. Si *in these* esa relación es reconducible al modelo del Derecho penal de mínima intervención, en la *praxis* el resultado puede ser completamente opuesto. Es lo que se advierte, por ejemplo, en la región latinoamericana,¹¹² y de modo especial en países como Brasil, en que no es la naturaleza fragmentaria y subsidiaria de la intervención penal la meta preeminente perseguida, sino una clara

¹¹⁰ Sobre la evolución e interrupción del proceso de constitucionalización del Derecho penal en Italia cfr. PALAZZO, Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, *Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 174 y ss.

¹¹¹ PALAZZO, Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, *Teorías actuales en el Derecho penal*, 1998, p. 176.

¹¹² La verdad es que la “expansión del Derecho penal”, como ha demostrado SILVA SÁNCHEZ en libro que lleva ese nombre, es hoy un fenómeno generalizado, porque vivimos la era de la inseguridad (a veces real, otras veces imaginaria) y de los riesgos.

tendencia sancionadora, orientada a cumplir más la llamada *penalización de la Constitución* que la *constitucionalización del Derecho penal*.

Si se considera el gran número de *cláusulas penales* que contiene la Constitución brasileña, puede con cierta facilidad constatarse la extraordinaria dimensión de lo que acaba de ser afirmado.

Merecen enumeración las principales cláusulas constitucionales de “penalización” en Brasil, todas ya prácticamente cumplidas por el legislador ordinario: artículo 5.º, inc. XLI: “la ley sancionará cualquier discriminación contra los derechos y libertades fundamentales”; art. 5.º, inc. XLII: “la práctica de racismo constituye delito no afianzable y no prescriptible, imponiéndose la pena de prisión, en los términos de la ley”; art. 5.º, inc. XLIII: “la ley considerará delitos no afianzables y no susceptibles de indulto o amnistía la práctica de tortura, tráfico ilícito de estupefacientes o drogas afines, el terrorismo y los definidos como delitos “hediondos”, respondiendo por ellos los inductores, ejecutores y los que, pudiendo no los eviten”; art. 5.º, XLIV: “constituye delito no afianzable y no prescriptible la acción de grupos armados, civiles y militares, contra el orden constitucional y el Estado democrático”; art. 173, § 4.º: “la ley reprimirá el abuso del poder económico que provoque el control de los mercados, la eliminación de la competencia y el aumento arbitrario de los beneficios”; art. 173, § 5.º: “la ley, sin perjuicio de la responsabilidad individual de los dirigentes de la persona jurídica, establecerá la responsabilidad de esta, imponiéndole las penas compatibles con su naturaleza, en los actos practicados contra el orden económico y financiero y contra la economía popular”; art. 225, § 3.º: “Las conductas y actividades consideradas lesivas al medio ambiente permitirán la imposición, a

personas físicas o jurídicas, de sanciones penales y administrativas, independientemente de la obligación de repararse los daños causados”.¹¹³

La hipertrofia del actual Derecho penal, como se ve, también se debe a la orientación criminalizadora del legislador constituyente.

c) Supremacía constitucional y racionalidad legislativa

Una vez constatada la extensión y las disfunciones de la actual hipertrofia del Derecho penal, que es más destacada evidentemente en algunos sistemas penales,¹¹⁴ parece oportuno y quizás imprescindible dar un vuelco a esa tendencia de expansión incriminadora, lo que se traduce en una exigencia de “*racionalidad legislativa*”.

De las tres posibles vías correctivas de la hiperinflación legislativa [(a) el reconocimiento de la *eficacia limitadora* de los principios informadores del *ius poenale* del *ius libertatis* (como v.g. el de ofensividad), (b) la adopción de un amplio proceso de *redimensionamiento* (despenalización) del Derecho penal¹¹⁵ y (c) un riguroso *control de constitucionalidad* de las leyes penales¹¹⁶] importa ahora poner de relieve el tercer camino apuntado.

¹¹³ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, p. 358. En cuanto a la Constitución española cfr. artículos 45.3 [“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”] y 46 [“Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverá el enriquecimiento del patrimonio histórico... La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”].

¹¹⁴ Aunque sea un fenómeno generalizado, los sistemas penales italiano y brasileño constituyen clarísimos ejemplos de hipertrofia penal.

¹¹⁵ La primera será detalladamente examinada en nos Capítulos IV, V y VI infra; la segunda será desarrollada en los apartados que siguen, en éste mismo Capítulo y la tercera será analizada enseguida, aunque someramente.

¹¹⁶ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 83: “Le contrôle de constitutionnalité des lois est, on l’a vu, la condition essentielle de l’État de Droit puisqu’il garantit la suprématie effective de la Constitution.

En cuanto al *control de constitucionalidad de las leyes*, en efecto, sea según el modelo americano, sea conforme al modelo europeo,¹¹⁷ es necesario subrayar que el objetivo final común del principio democrático y del sistema de garantías puede ser enfocado bajo una doble perspectiva: (a) la de asegurar una producción legislativa fundada en el respeto de los derechos fundamentales y libertades de las personas; (b) que no se convierta la legislación en mero instrumento de protección de “razones de Estado”.¹¹⁸

De todos modos, aunque cuenten con finalidades comunes, es inevitable que la coexistencia entre ellos implica una tensión potencial dentro del sistema constitucional de derecho. Si por un lado, en virtud del principio

acte juridique suprême sur lequel s'appuie l'ordre juridique tout entier: en son absence la Constitution n'a plus qu'une portée symbolique et l'édifice normatif se trouve déstabilisé. Le développement de ce contrôle a été, après les quelques précédents de l'entre-deux guerres (Autriche 1920, Tchécoslovaquie 1920, Espagne 1931), spectaculaire en Europe à la suite de la Seconde Guerre mondiale: il marque l'abandon du privilège d'incontestabilité dont bénéficiait la loi”. Es corriente leer que “el rasgo definitorio del Estado constitucional es precisamente la existencia de un procedimiento efectivo de control de constitucionalidad de las leyes o, más ampliamente, de control sobre el poder en general” (cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 33).

¹¹⁷ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 84: “Le contrôle de constitutionnalité est organisé suivant deux grands systèmes. D'un côté, le modèle américain, dans lequel ce contrôle est exercé par voie d'exception par les tribunaux ordinaires: dès le célèbre arrêt *Marbury v/ Madison* (1803), la Cour Suprême avait affirmé que la supériorité de la Constitution s'imposait à tous, y compris aux tribunaux qui devaient en assurer le respect ; n'importe quel tribunal peut et même doit refuser d'appliquer une loi qu'il juge inconstitutionnelle, sous réserve cependant de l'interprétation en dernière instance de la Cour suprême fédérale, garante de l'uniformité des décisions (*Martin v/ Hunter's Lessee*, 1816). Ce système a été adopté au Canada, au Japon, ainsi que dans quelques pays européens. D'autre part, le modèle européen, qui confie à un organe spécial, une Cour constitutionnelle, la responsabilité de ce contrôle: introduit en Autriche en 1920, à l'initiative de Kelsen, ce système a été progressivement institué dans la plupart des pays européens – Italie (1947), Allemagne (1949), France (1958), Turquie (1961), Yougoslavie (1963), Portugal (1976), Espagne (1978), Grèce (1979) – ainsi que dans certains pays socialistes: Pologne (1982), Hongrie (1983), URSS (1988), avant leur mutation, d'Amérique latine ou d'Afrique; il suppose la mise en place d'un «tribunal spécialement constitué à cet effet et qui peut statuer, sans qu'il y ait à proprement parler de litiges, sur saisine directe d'autorités politiques ou juridictionnelles, voire de particuliers» (L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, PUF 1986)”.

¹¹⁸ Cfr. sobre el concepto y la justificación ética de la razón de Estado FERNÁNDEZ GARCÍA, *Entre la razón de Estado y el estado de Derecho*, p. 5 y ss.

democrático, se concentra en el Poder Legislativo todo poder normativo en lo que concierne a la incriminación de las conductas humanas, por otro, el sistema de garantías, al contar en la actualidad incluso con un carácter “sustancial”, se orienta a la consagración de límites, positivos y negativos, no sólo del proceso legislativo mismo (aspecto formal), sino sobre todo del propio “producto legislativo” (aspecto sustancial).

Y si consideramos que los órganos responsables por la concretización práctica de tales límites pertenecen al Poder Judicial, luego se constata la conflictividad potencial entre los dos Poderes mencionados, porque antinómicos son, con cierta frecuencia, los dos niveles normativos: el constitucional y el ordinario.

Importa subrayar, no obstante, que el anunciado conflicto entre los dos órdenes normativos de modo alguno es reconducible a una situación excepcional. Al contrario, como enfatiza Ferrajoli,¹¹⁹ “incoherencia, falta de plenitud, antinomias y lagunas son, dentro de ciertos límites, vicios inevitables en el Estado constitucional de Derecho, que van unidos a la distinción de niveles normativos en que se articula su estructura formal (...); la posibilidad misma de estos vicios representa el rasgo distintivo y hasta, con paradoja aparente, el mayor mérito del Estado democrático de Derecho”.

Dentro del viejo esquema positivista dogmático y tradicional lo único que restaría al penalista y al juez, al constatar una antinomia como la que está siendo planteada, sería criticar el sistema jurídico *desde fuera* (dogmática crítica externa), proponiendo una reforma legislativa para adecuar el texto legal (“formal”) al contenido “material” de un determinado principio

¹¹⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 28.

(efectiva y necesaria lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido, p. ej.).

Según el nuevo paradigma garantista del Estado constitucional de Derecho, donde tenemos una legalidad compleja porque está plasmada en dos niveles (legal y constitucional) distintos, la razón jurídica y la monumental diferencia son que, frente a las incoherencias, ahora podemos proponer *desde dentro* las debidas correcciones del sistema.

Desde la perspectiva constitucional, entonces, y asumiendo como legítima la hipótesis de trabajo de la cual partimos (*nullum crimen sine iniuria*), cabría afirmar: todas las normas penales (es decir, del Derecho penal del *ius libertatis*) que choquen con la concepción (constitucional) del delito como una *ofensa a un bien jurídico*, si no autoriza, ni siquiera *in extremis*, una interpretación y aplicación conforme al modelo referido, son *inconstitucionales* y, por tanto, *inválidas*. Cuentan con *vigencia*, pero no son jurídicamente *válidas*. Como cabe al juez (o tribunal) la tarea de declararlas inválidas, él pasa a ocupar una posición clave dentro del nuevo Estado de Derecho.¹²⁰

No hay que olvidar que precisamente el “vicio de la incoherencia asigna a la ciencia jurídica (como a la jurisprudencia) un papel crítico frente al

¹²⁰ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de Droit*, p. 134: “Le juge apparaît comme la clef de voûte et la condition de réalisation de l'État de Droit: la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée; et les droits fondamentaux ne sont réellement assurés que si un juge est là pour en assurer la protection. Le culte du Droit aboutit en fait à la *sacralisation du juge*: alors que l'État légal repose sur la figure du «représentant», au nom de la primauté de la «volonté générale» et l'État providence sur celle de l'«énarque», au nom des exigences de la «Raison», l'État de Droit met en avant la figure du «juge», en donnant la primauté à l'«éthique» (D. Rousseau, 1995): investi du rôle de «gardien des valeurs», le juge est chargé de les défendre contre la volonté capricieuse des majorités et contre la domination d'une raison instrumentale exclusivement sociétale d'efficacité. Ce nouveau pouvoir conquis par le juge apparaît clairement à travers le contrôle de constitutionnalité des lois: il tend cependant à déborder ce cadre”.

derecho vigente (...); que la incoherencia del ordenamiento haga de la *crítica del derecho* el primer papel de la ciencia jurídica depende del hecho de que el jurista no puede ignorar ninguno de los dos niveles normativos a que pertenecen las normas en conflicto. Efectivamente, el reconocimiento de este conflicto (...) hace caer la presunción general de validez que según las teorías normativistas asiste al ordenamiento en su totalidad (...); Una vez caída semejante presunción, es, precisamente, el ‘derecho inválido’ o ‘ilegítimo’ producido por la contradicción con normas superiores a él y, por lo tanto, por la violación de los límites negativos impuestos al poder normativo, lo que se convierte en objeto privilegiado de la ciencia jurídica. Y es la crítica del derecho inválido dirigida a propiciar su anulación lo que constituye la principal tarea, científica y política a la vez, de la ciencia jurídica”.¹²¹

Si una de las evoluciones más notables producidas por el constitucionalismo de posguerra, que se caracteriza tanto por el reconocimiento de los derechos individuales en las convenciones internacionales como por el acentuado y cada vez más pormenorizado control de constitucionalidad de las leyes, consiste en la introducción en el sistema jurídico de límites cada vez más penetrantes al Poder Legislativo, cobra relevancia extraordinaria, en ese contexto, el principio de ofensividad, pese al hecho de que no sea normativamente tan “rígido” o inequívoco como son otros principios limitadores del *ius puniendi* (v.g.: legalidad, culpabilidad, resocialización etc.).

Y ello se debe primordialmente a la pretensión de que el referido principio no constituya un límite puramente “formal” del poder punitivo estatal, sino

¹²¹ Cfr. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 29.

que está orientado a servir de parámetro de control del “contenido” sustancial de la ley penal y, más precisamente, de las disposiciones de la Parte Especial.

En razón de lo que acaba de ser expuesto, parece evidente que el *principio de ofensividad* tiende a ocupar, dentro del *ius poenale* del *ius libertatis*, a *latere* de tantos otros principios *sustanciales*, el centro de las tensiones entre el principio democrático y las garantías.¹²²

4. Los principales modelos y movimientos político-criminales de la actualidad

La cuestión de como se debe proceder contra las personas que infringen las reglas básicas de convivencia social lesionando o poniendo en peligro a los individuos o a la sociedad, siguiendo a Roxin,¹²³ conforma el objeto de la *Política Criminal*, que es evidentemente el *locus* adecuado para discutir y sugerir tanto posturas legitimadoras del sistema penal¹²⁴ como, en otro

¹²² Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Costituzione, diritto e processo penale*, p. 41 y ss.

¹²³ Cfr. ROXIN, *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito con base en la política criminal*, p. 9.

¹²⁴ ¿Debemos ampliar o restringir el actual conjunto normativo penal? Todo lo que está positivado y que forma el ámbito de lo real... ¿es verdadero? etc.

extremo, posiciones alternativas –tendencias minimizadoras– o radicalmente abolicionistas.¹²⁵

Delmas-Marty,¹²⁶ ampliando el clásico concepto de Feuerbach (en el sentido de que la política criminal es el “conjunto de métodos represivos por medio de los cuales el Estado reacciona contra el crimen”), define la política criminal como “el conjunto de métodos con los que el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal”. Son conceptos claramente distintos porque de los métodos únicamente represivos se pasa para “todos otros tipos de métodos”, del Estado se pasa a “todo el cuerpo social”, del reaccionar se pasa al “responder” y finalmente del crimen se pasa al “fenómeno criminal”.

Parece oportuno distinguir los *modelos* de los *movimientos* político-criminales.¹²⁷ Genéricamente hablando, son tres los *modelos* de política criminal: *liberal*, *autoritario* y *totalitario*.¹²⁸ El primero corresponde a la ideología liberal iluminista y busca asegurar la libertad individual ante el poder del “Leviathán”; el segundo se bifurca y comprende, entre otros, el modelo anárquico, así como el marxista; el tercero (totalitario) posee la versión política (fascismo) y también la religiosa (integrismo o fundamentalismo).

¹²⁵ La Política criminal, de cualquier modo, es un concepto complejo y problemático y sólo tiene sentido, según BARATTA (La Politica criminale e il Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 24 y ss.), dentro de un modelo integral de ciencia penal distinto del positivista (*gesamte Strafrechtswissenschaft* – von Liszt) bien como del modelo crítico. En su opinión la Política criminal debe ser integrada en un tercer modelo interdisciplinario que contemple diversas políticas públicas, incluyéndose la penal, cuando sea inevitable.

¹²⁶ Cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 19.

¹²⁷ Sobre la distinción, cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 47 y ss.

¹²⁸ Son reconducibles a modelos estatales y modelos sociales: cfr. LAZERGES, *La politique criminelle*, p. 25 y ss.

Los *movimientos* político-criminales giran en torno de la reacción contra la conducta desviada. Son *intervencionistas* o *no intervencionistas*. Los primeros propugnan la ampliación del control estatal, formal, vía Derecho penal; los segundos, en posición opuesta, propugnan la disminución o la eliminación de la intervención estatal para la resolución los conflictos penales o penalizables, confiando más en los (procesos) agentes de control informales (sociales).

Por otro lado, se llaman *procesos* político-criminales las vías, los caminos, los instrumentos o los métodos por los cuales se concretizan los movimientos criminales. En el plan teórico los autores hablan entonces de los procesos de criminalización/descriminalización, de penalización/despenalización, de prisionización/no-prisionización, de institucionalización/desinstitucionalización y de diversificación – *diversion*).¹²⁹

Partiendo del presupuesto de que el sistema penal debe continuar ejerciendo su papel de instrumento de control social¹³⁰ (de esa forma, como ya se puede percibir, estamos asumiendo una posición antiabolicionista, lo que no significa que no estemos de acuerdo con muchas de sus críticas), existe amplia convicción de que referido sistema debería ser político-criminalmente redimensionado: unos afirman que esa reorientación se hace necesaria para que haya mayor funcionalidad del control y más puniciones; otros, diferentemente, piensan que es necesaria una nueva postura (y más

¹²⁹ Cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, *passim*.

¹³⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS, *Derecho penal: introducción*, p. 55: “El Derecho penal no desaparecerá, pero este Derecho penal está llamado a intervenir menos en los conflictos sociales y a hacerlo con mayores cotas de racionalidad y garantías para los involucrados, ponderando siempre el elevado ‘costo social’ que su injerencia representa”.

que ello, gran inspiración humanitaria) para que las penas sean previstas o aplicadas sólo en última instancia (*extrema ratio*).

El fenómeno de la crisis de la pena de prisión¹³¹ y del propio Derecho penal¹³² ha provocado en las últimas décadas múltiples tendencias y respuestas (reacciones), con contenidos muy diversos, que van (a) desde el retorno al retribucionismo, como es el caso, por ejemplo, de la política criminal neoclásica o neorretribucionista conservadora norteamericana¹³³ hasta (b) el abolicionismo más radical, que sostiene la desaparición del propio Derecho penal pasando por el (c) abolicionismo moderado, que propugna su intervención mínima con las máximas garantías o por el (d) acatamiento de algunas finalidades de la pena, pero con las limitaciones inherentes al Estado Social y Democrático de Derecho y, por fin (e) una fuerte y moderna corriente criminológica entiende que mejor que punir es

¹³¹ Cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 30 y ss. Particularmente en lo que se refiere a su capacidad de resocializar al infractor el citado autor señala: "Teniendo en cuenta entonces la ineficacia histórica de la cárcel como medio para lograr la recuperación social de los internos, se impone, inflexiblemente la búsqueda de otras vías, en todas las etapas y niveles del sistema penal". Con relación al paradigma "resocializador": GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 940 y ss. La "reforma" de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma (FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p. 236). Aún sobre las críticas a la prisión: PAVARINI, *Los confines de la cárcel*, p. 19 y ss.; PIMENTEL (Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*, p. 147 y ss.). Respecto a la generalizada ineficacia resocializadora de la pena de prisión: BITENCOURT (Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*, *passim*).

¹³² Cfr. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 7 y ss. Es muy difícil negar, afirma PALAZZO (Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel Diritto penale degli anni novanta, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 102) la constatación de que hoy el Derecho penal, si no está en "crisis", presente al menos contradicciones que están creando situaciones paradójicas.

¹³³ El incremento de ejecuciones registrado en los últimos años en Estados Unidos revela la particular severidad de los tribunales desde finales de la década de los 80. Durante ese período el delito fue combatido con particular conservadurismo y mano dura. Treinta y ocho de los cincuenta Estados norteamericanos aplican ahora la pena de muerte. El endurecimiento de las leyes decidido bajo las presidencias de Ronald Reagan y George Bush es también la causa de que ahora haya 1,9 millones de estadounidenses en prisión, lo que supone 1 en cada 149 habitantes. Un cuarto del total mundial de las personas privadas de libertad está en cárceles estadounidenses. En el año de 1999, hasta septiembre, se superó el récord de ejecuciones en un solo año desde la restauración de la pena capital, en 1976. En los nueve primeros meses del citado año han sido ejecutadas más personas (76) que en todo 1997 (cfr. EL PAÍS-INTERNACIONAL de 25.09.1999). Con relación a la utilización masiva de la prisión cfr.: CHRISTIE, *La industria del control del delito*, p. 21 y ss. Sobre el neoclasicismo: CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 35 y ss.

prevenir y en este campo el Derecho penal, con su amenaza preventiva general, intimidación, podría cumplir un papel muy modesto.

Ahora bien, ese prevencionismo moderado en nada coincide con el prevencionismo estatal exagerado, que se presenta en muchos aspectos contrario al Estado de Derecho.

Con excepción de la corriente abolicionista radical, que reconoce claramente la *deslegitimación* de la pena y del Derecho penal,¹³⁴ todas las demás pueden ser enfocadas, salvándose, evidentemente, las peculiaridades de cada una, como teorías *legitimadoras* (o re-legitimadoras) del poder punitivo estatal, tanto porque “ignoran” la cuestión de su “deslegitimación”, como es el caso del neo-retribucionismo, como porque reconocen la deslegitimación del sistema penal, pero buscan (re)legitimarlo con base en un nuevo discurso o en nuevas propuestas.

El criterio central para decidir sobre cuál sería la reacción más adecuada contra la conducta desviada (o cuál sería el instrumento o medio o proceso político-criminal más apropiado para ese fin), de acuerdo con Hassemer/Muñoz Conde,¹³⁵ está en el concepto de “merecimiento de la pena”, es decir, el legislador sólo puede definir o mantener como infracción penal una conducta humana que realmente merece ser castigada, teniendo en cuenta dos principios: el de la “*justicia*” y el de la “*utilidad*”, que se limitan mutuamente (la pena no puede ser justa, pero inútil; tampoco puede ser útil, pero injusta).

¹³⁴ Cfr. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, p. 43 y ss.

¹³⁵ HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 65 y ss.

Tales principios, por otra parte, aunque sean válidos solamente en sentido negativo (o limitativo) para la libertad del legislador, deben ser completados, por un lado, con algunos criterios de “justicia”, basados en la lesión o peligro de lesión a un bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*), en el Derecho penal del hecho, la subsidiariedad y fragmentariedad, la proporcionalidad, *in dubio pro libertate*, la tolerancia y respeto a la dignidad humana, taxatividad e irretroactividad de la ley penal etc., y, por otro lado, con criterios de “utilidad”, estos basados en la eficacia práctica de la intervención, en las condiciones reales de actuación de la Justicia criminal etc.

Los más importantes movimientos político-criminales en la actualidad son:

a) El movimiento neorretribucionista

Mientras la Escuela clásica retribucionista confiaba en la simple eficacia disuasoria de la pena para la prevención del delito, es decir, en la *deterrance* o prevención general intimidatoria negativa¹³⁶ que echa sus raíces en la doctrina de la “coacción psicológica” de Feuerbach, especialmente si la pena conminada fuese severa, la corriente neorretribucionista o neoclásica deposita más esperanza, para alcanzar la misma meta, en el funcionamiento del sistema legal, en la eficacia de su operatividad, en la aplicación persistente e implacable del derecho y de sus valores (y en eso reside la llamada prevención general positiva):¹³⁷ dicen

¹³⁶ Cfr. PAVARINI, *Los confines de la cárcel*, p. 77.

¹³⁷ La disuasión o prevención general “está en una posición muy diferente. Aquí está claro que de lo que hablamos es del castigo; del sufrimiento intencional. El sistema penal tiene por objeto lastimar a la gente, no ayudarla o curarla. Impone el dolo para favorecer los intereses de otras personas. Si los que están sufriendo mejoran, sea en hora buena; pero la meta principal es beneficiar al público en general, como se ha manifestado claramente en las teorías que usan el término ‘prevención general’ (cfr. CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 48). La eficacia preventiva “normativa” (del Derecho penal) no depende de la severidad del castigo, sino de la concurrencia de tres factores: justicia, certeza e inmediatez (cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 107).

que lo más importante para evitar el crimen es no solo la severidad de la pena, sino su efectiva e inaplazable aplicación, bajo la orientación de un Estado fuerte.¹³⁸

Por ello abogan por el mejor funcionamiento del sistema, por la mejora de sus condiciones y estructura. Inspirados en la ideología del movimiento de la *law and order*¹³⁹ creen que la criminalidad aumenta cuando el sistema fracasa, porque eso disminuye los riesgos (los “costos”) para el infractor, favoreciendo la infracción. Por otro lado, no tienen confianza en ninguna utilidad para la pena de prisión, por el contrario, partiendo del trabajo de Martinson (¿qué funciona? *What works?*), entienden que en la prisión ningún tratamiento funciona (*“nothing works”*).

Propugnan, además, una “imagen” bastante racional del hombre, que decidiría ser infractor o no conforme las reglas (“económicas”) de los “costos” (funcionamiento del sistema, riesgo de prisión, posibilidad de pérdida del trabajo, alejamiento de la familia, pérdida de la honorabilidad etc.) y “beneficios” (todo cuanto pueda extraer de la actividad lucrativa). Por consiguiente, el delito sería fruto de una “opción racional económica”.¹⁴⁰

¹³⁸ Cfr. CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 67.

¹³⁹ Sobre esa ideología cfr. FRANCO (Alberto Silva, *Crimes hediondos. Notas sobre a lei 8.072/90*, p. 32 e ss.). El nuevo Código Penal español (1995) fue promulgado bajo la influencia de éste movimiento: cfr. GIMBERNAT ORDEIG (“Prólogo a la segunda edición” del *Código Penal*, Tecnos, p. 41).

¹⁴⁰ Sobre el neorretribucionismo o modelo neoclásico, cfr. en sentido crítico GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, p. 889-891, que afirma: “El sistema legal deja intactas las causas del crimen, actúa tarde, cuando el conflicto se manifiesta. Su capacidad preventiva, en consecuencia, tiene unos límites estructurales insalvables. A medio y largo plazo no resuelve por sí mismo el problema criminal cuya dinámica responde a otras claves’ (...); es imprescindible distinguir

Las críticas contra el neorretribucionismo parten de que la efectiva aplicación del Derecho penal es importante para la prevención del delito, pero es insuficiente porque no incide en sus “causas” (sus factores). Señalan todavía que el aumento o descenso de la criminalidad no siempre está vinculado al mejor o peor funcionamiento del sistema.¹⁴¹

Ciertamente, nadie negará que en los últimos años ha habido un esfuerzo enorme de los órganos públicos para dotar la policía de mejor estructura, para crear nuevas prisiones etc., pero al mismo tiempo nadie puede negar el incremento de la criminalidad (aunque a veces no tanto como apuntan algunos niveles interesadamente divulgados).

Por otro lado, no es tarea fácil saber si es el fracaso del sistema legal el que aumenta la criminalidad o si es el aumento de la criminalidad la que causa el fracaso del sistema. De todos modos, lo cierto es que “es mala la política criminal” la que enfoca un fenómeno rigurosamente social y comunitario (como es el delito) como un problema puramente “policial” o de “seguridad pública”, creyendo que puede ser resuelto con la mera disuasión penal (de corte legalista –leyes más severas– o de naturaleza funcionalista –incremento de la operatividad del sistema) que, de verdad, sólo multiplica la “violencia” inherente al sistema penal.¹⁴²

Hoy –es decir, en las sociedades de riesgo y violentas– prácticamente todos los legisladores siguen el discurso neorretribucionista y con ello son protagonistas de una *expansión* del Derecho penal claramente

entre ‘política criminal’ y ‘política penal’, si no se quiere privar de contenido y autonomía el propio concepto de ‘prevención’”.

¹⁴¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 315 y ss.

¹⁴² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 315 y ss.

desproporcionada.¹⁴³ Pero en algunos países la tendencia neoclásica es más acentuada: por ejemplo, la política criminal norteamericana de los últimos años, la versión anglosajona de Hart, basada en los principios de la igualdad y libertad, así como el sistema escandinavo.¹⁴⁴

Un otro apoyo sólido con el que cuenta el neorretribucionismo, según opinión de Zaffaroni,¹⁴⁵ viene de la “actitud” de un fuerte sector jurídico, especialmente *judicial*, para el cual “la legitimidad general del sistema penal no es un problema de su incumbencia que se reduce únicamente a la resolución de los casos concretos de acuerdo con las pautas legales que rigen el conflicto particular”. Se asume una creencia evidentemente formalista, aséptica, legalista, que deposita confianza ciega y acrítica en la justicia (abstracta) de la legislación y del legislador y que acepta sin ningún cuestionamiento el papel “meramente técnico-burocrático” reservado al jurista.¹⁴⁶

¹⁴³ La nota característica del moderno Derecho penal es el “eficientismo” o “funcionalismo”, que constituye, en la opinión de BARATTA (La politica criminale e Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 37-39) “una forma nueva de Derecho penal de emergencia. Es un denominador común de dos crisis: del sistema económico-social y del sistema representativo. Ya no es subsidiario, sino derecho de *prima ratio*. Es instrumento represivo y simbólico. Se caracteriza por la ‘eticidad’, ‘despolitización’ y ‘tecnificación’ de los conflictos, que llevan paradójicamente a la ‘despenalización’”.

¹⁴⁴ Cfr. CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 35 y ss.

¹⁴⁵ ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 63 y ss.

¹⁴⁶ Podríamos identificar en esa actitud de los jueces un “inactivismo judicial”. Pero más preocupante que ese inactivismo es la actitud contraria, que está pasando a tener gran influencia en la criminalización secundaria. Con base en un tipo de activismo judicial neorretribucionista en Argentina, por ejemplo (cfr. *La Nación* de 29.09.1999), los conductores desaprensivos que atropellan y matan ahora están siendo condenados por delitos dolosos (intencionales, dolo eventual) y todo en virtud de un cambio de interpretación de la ley por parte de los jueces. Los nuevos fallos corresponden a una encendida exigencia de la opinión pública para agravar las penas a los conductores temerarios. Es una nueva tendencia de los jueces a imponer penas más duras para quienes matan con un automóvil. No tenemos duda que esa tendencia es manifestación del movimiento *law and order*, que puede llegar a negar vigencia a conceptos dogmáticos garantizadores como es el de dolo eventual, que exige prueba de que al autor se representó que podía causar la muerte de alguien y que no le importó el previsible resultado.

Se trata, además, de una convicción vacía de todo contenido ético superado en nuestros días. El horizonte ético del jurista, en general, y del juez, particularmente, no puede restringirse en los límites de la ley ordinaria. Por encima de ella están la Constitución y los Tratados y Convenciones internacionales. El jurista y especialmente el juez, ya no pueden cumplir el mero papel napoleónico de “correa de transmisión”, reflejado en la imagen del burócrata subordinado y siempre obediente que aplica mecánicamente la ley, como si fuese un “buen” torturador, un verdugo “ejemplar” o un “fiel” subordinado nazi, sin cuestionar nunca el aspecto ético de su profesión, con base en los términos y límites del ordenamiento jurídico considerado globalmente (Constitución, Documentos humanitarios internacionales etc.).¹⁴⁷

El derecho sufre constantes cambios, evoluciona muy frecuentemente, pero está obligado a ser justo en cada momento histórico. Así, tanto la legislación como la jurisprudencia “deben comprender las necesidades de cada época y desarrollar respuestas jurídicas a esas necesidades, y no solamente reflexionar sobre principios más generales suprahistóricos”.¹⁴⁸

De la tensión dialéctica entre legalismo e interpretación crítica del Derecho, el moderno jurista no puede huir. Y siempre que las opciones legislativas infraconstitucionales entren en conflicto con la Magna Carta, la preferencia del intérprete lógicamente se decantará por esta última.

El neorretribucionismo representa, por lo que estamos viendo, una primera tendencia de la moderna política criminal: él juega en favor de la

¹⁴⁷ Sobre los diversos modelos de actuación judicial cfr. GOMES (Luiz Flávio, *A dimensão da magistratura no Estado constitucional y democrático de Direito*, p. 128 y ss.). Con relación a la vigencia de los tratados en el derecho interno brasileño cfr. GOMES (Luiz Flávio, *Direito de apelar em liberdade*, p. 70 y ss.).

¹⁴⁸ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 168.

criminalización, de la punición, de la prisión, de la penalización. Su preocupación es, evidentemente, preventivo general, en el sentido positivo (intenso funcionamiento del sistema penal, sea para restablecer el vigor de la ley, sea para motivar a las personas a respetar las normas, favoreciendo la integración social). No se cuestiona, en general, la “justicia” de la norma, todas deben ser respetadas, independientemente de su coherencia social.

b) El abolicionismo radical

La corriente abolicionista radical sostiene que la pena y el propio Derecho penal poseen más efectos negativos que positivos (poseen más inconvenientes que beneficios) y aboga, por ello, por la eliminación total (presente y futura) de cualquier control “formal” del delito, que debe dar lugar a otros modelos informales de solución de conflictos (composición extraestatal, reparación etc.).¹⁴⁹ Entre otros, son representantes de este pensamiento Vargah, Mathiesen (cuya doctrina ostenta fuerte inspiración marxista), Stirner, Plack, Christie,¹⁵⁰ Foucault etc.¹⁵¹

En la actualidad, su principal divulgador, sin embargo, es Louk Hulsman,¹⁵² cuyas ideas no sólo se transformaron en objeto de interminables polémicas, como ya inspiraron diversos trabajos especialmente en América Latina, incluyendo el penalista argentino

¹⁴⁹ Sobre los diversos planteamientos abolicionistas cfr. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 75 y ss. Sobre las distinciones entre las doctrinas abolicionistas (que impugnan como ilegítimo el Derecho penal), *sustitucionistas* (que proponen en realidad la sustitución de la forma penal de reacción punitiva por ‘tratamientos’ pedagógicos o terapéuticos de tipo informal) y *reformadoras* (que propugnan la abolición o reducción de la reclusión carcelaria en favor de sanciones penales menos aflictivas) cfr. FARRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 248.

¹⁵⁰ Cfr. CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 11 y ss.

¹⁵¹ Cfr. ROXIN, *Ha un futuro il Diritto penale?*, *Critica del Diritto*, 1998, p. 231.

¹⁵² Cfr. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, p. 5 y ss.

Zaffaroni.¹⁵³ Veamos las líneas generales de la doctrina de Hulsman, para quien las penas son innecesarias (“perdidas”) porque implican un sufrimiento inútil.

La meta del abolicionismo de Hulsman¹⁵⁴ es la desaparición del sistema penal, pero eso no significa abolir todas las formas coercitivas de control social. La sociedad, además, ya cuenta con numerosas formas no penales de solución de conflictos (reparación civil, acuerdo, perdón, arbitrajes etc.) y puede desarrollar muchas otras. La desaparición del sistema punitivo estatal, dice el autor, abrirá, en una convivencia más sana y dinámica, los caminos de una nueva justicia.

¿Por qué abolirse el sistema penal? El sistema penal formal debe ser abolido porque por su influencia muy teleológico-escolástica, es patentemente *maniqueísta* (los agentes del sistema son “buenos”, mientras que los desviados son “malos”) y, por otra parte, es una “*máquina sin conexión*” (sus instancias –policía, fiscalía, magistratura, agentes penitenciarios– actúan como compartimentos estancos).

Según el autor citado, la prisión no es útil, despersonaliza y desocializa al preso, el sistema penal, por otro lado, está muy *burocratizado* (no escucha bien a las personas implicadas en los conflictos, busca reconstruir los hechos de manera superficial, ficticia, y la consecuencia de eso es la aplicación de consecuencias ficticias, irreales, porque el proceso no es el hecho real), sólo se interesa por un acontecimiento alejado, un “*flash*”, dando poca importancia al contexto biopsicosociológico del agente.

¹⁵³ Cfr. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 3 y ss.

¹⁵⁴ Cfr. HULSMAN y BERNAT DE CELIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, p. 16 y ss.

Y, además, conforme Nils Christie,¹⁵⁵ “*roba el conflicto*” de las personas involucradas en el delito y esto significa que marginaliza a la víctima de tal forma que se torna imposible cualquier contacto entre ella y su agresor; por fin, el sistema penal sólo cuenta con un tipo de reacción, la punitiva. Enseguida se nota que él fue concebido sólo para el mal, para la violencia.

El más conocido divulgador de las ideas abolicionistas acepta por otro lado las tesis de las teorías sociológicas interaccionistas,¹⁵⁶ y de esa forma sostiene: a) que la *ley* crea el crimen y al criminal, pues aquel no existe como realidad ontológica; b) que el sistema penal es *selectivo*, de ahí el alto índice de *cifra negra* y justo por eso crea y refuerza las desigualdades sociales; c) que el sistema penal, así, es una “*fábrica de culpables*”; d) que él *estigmatiza* al culpable, provocando su exclusión definitiva del grupo social.¹⁵⁷

¿De qué modo se daría la abolición del sistema penal? Para el citado autor el fin del Derecho penal como forma de control social sería posible, en primer lugar, cambiando el *lenguaje* y aceptando la relatividad del concepto de crimen; no se debe hablar de crimen sino de “situación problemática” o “accidente”; en segundo lugar, aceptando e incrementando las reglas civiles de *indemnización*, bien mejor “que trabajar con el concepto metafísico de culpabilidad”; además, la mayoría de los hechos criminalizables ya son resueltos por la sociedad de manera informal,

¹⁵⁵ Cfr. CHRISTIE, *Los límites del dolor*, p. 126: “La víctima en un caso penal es una especie de perdedor por partida doble en nuestra sociedad: en primer lugar frente al infractor, y después frente al Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto, un todo que es llevado a cabo por profesionales”.

¹⁵⁶ Sobre el *labeling approach* cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 773 y ss.

¹⁵⁷ Dentro del *labeling approach* coexisten, sin embargo, dos tendencias: una radical y otra moderada. Sobre las críticas a la tendencia radical cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 295.

porque (ante la cifra negra altísima) pocos son los que ingresan en el sistema formal (es la “civilización” del Derecho penal que ya ocurre en muchos casos de abuso y violencia sexual en Holanda); en tercer lugar, no uniformizando la *respuesta estatal punitiva* para las situaciones problemáticas, pues muchas veces lo que la víctima desea no es la punición formal del culpado, sino la reparación de sus daños y perjuicios; en cuarto lugar, disminuyendo la *intervención estatal* en la sociedad, principalmente cuando se trata de resolver algún conflicto de intereses; en quinto lugar, abriendo amplio espacio para el *consenso*, para los contactos “cara a cara”; en sexto y último lugar, incrementando la tolerancia y el respeto a las diversidades personales.

Desde el punto de vista político-criminal, la propuesta del abolicionismo es *desinstitucionalizadora* o *descentralizadora*. En otras palabras: es *no intervencionista*. Se busca alejar el Estado de la solución de los conflictos, dejando que la propia sociedad encuentre mecanismos menos represivos capaces de alcanzar la paz. Las reticencias a propósito de la despenalización parecen tanto más incomprensibles en la medida en que se percibe el papel que podría ser desempeñado por el sistema jurídico *civil*, hechas las necesarias adaptaciones, si se le diese la debida oportunidad.

La tesis abolicionista siempre fue duramente criticada:¹⁵⁸ bien porque persigue modelos de una sociedad *salvaje* carente de cualquier orden o una sociedad *disciplinaria*, bien porque elude todas las cuestiones de justificación del Derecho penal, menospreciando el enfoque garantista.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 249 y ss.; ROXIN, *Ha un futuro il Diritto penale?*, *Critica del Diritto*, 1998, p. 232.

¹⁵⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 251.

Además, como afirman Hassemer/Muñoz Conde,¹⁶⁰ “no tiene en cuenta la fascinación que provoca el mundo del delito, que es un fenómeno que forma parte de nuestra experiencia cotidiana”.

A pesar de las críticas muchos de sus postulados merecen reflexión. Como bien dijo Pavarini,¹⁶¹ vemos el abolicionismo con “reservas”, pero aún así es posible hacer “buen uso” de él, sin ser abolicionista. Sus tesis, por lo menos, poseen gran fondo “ético”.

c) No-intervención moderada (Derecho penal mínimo)

Al lado de la corriente abolicionista radical, existe la línea no intervencionista moderada que propugna un Derecho penal “mínimo”, es decir, “mínima intervención con máximas garantías”. Es lo que defienden, entre otros, Ferrajoli,¹⁶² Hassemer,¹⁶³ Zaffaroni,¹⁶⁴ Cervini¹⁶⁵ y principalmente Alessandro Baratta.¹⁶⁶ La doctrina del Derecho penal

¹⁶⁰ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 32.

¹⁶¹ Cfr. PAVARINI, *Los confines de la cárcel*, p. 146 y ss.

¹⁶² Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 103 y ss.

¹⁶³ Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, p. 399-400: “Es ingenuo deducir de todo esto que el Derecho penal debe ser abolido... El control social no puede ser abolido... Tampoco se puede excluir el Derecho penal del conjunto de los sistemas de control social... Quien pretenda abolir el Derecho penal, lo único que quiere es ahuyentar al diablo con Belcebú... La misión del Derecho penal consiste en formalizar el control social jurídico-penal, liberándolo, dentro de lo posible, de la espontaneidad, de la sorpresa, del conyunturalismo y de la subjetividad y poniendo en su lugar otras características como, por ejemplo, vinculación del control social a reglas creadas previamente, publicidad y controlabilidad del acto de control”.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 68 y ss.

¹⁶⁵ CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 57 y ss. y principalmente p. 163 y ss.

¹⁶⁶ Cfr. BARATTA, Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales*, n. 37 a 40, 1987, p. 623 y ss. En la actualidad BARATTA entiende que el real sentido del Derecho penal mínimo consiste en pasar de las penas alternativas a las alternativas a la pena, de la política criminal alternativa a la alternativa a la política criminal, adoptándose un garantismo no sólo en sentido negativo, sino positivo, lo que significa la seguridad de todos los derechos (La Política criminale e Diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penale, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 40).

mínimo reconoce, dentro de ciertos límites, utilidad social al sistema (reconoce, en principio, su legitimación) y frente al abolicionismo radical, parte de la consideración de que si el Derecho penal desapareciese no acabaría, a la vez, la reacción contra el delito (pues ninguna sociedad puede vivir sin control) y su lugar podría ser ocupado por otras formas de control social mucho más inseguras y totalitarias (vengativas) que la actual y probablemente sin las garantías mínimas (formalización) exigidas por el actual estadio de nuestra civilización y cultura.¹⁶⁷

La clara propuesta del abolicionismo o no-intervencionismo moderado, como se ve, no consiste en acabar con el Derecho penal, sino *minimizar* su utilización para la resolución de los conflictos penales, no sólo reduciendo su ámbito de aplicación (sea impidiendo cuanto sea posible nuevas “criminalizaciones”, sea, sobretudo, propugnando una amplia *descriminalización*), sino también la intensidad o el grado de respuesta estatal, especialmente cuando se trata de la pena de prisión (*despenalización*). De su programa también forma parte inclusive la *desinstitucionalización* (y en ese sentido guarda cierta correspondencia con el postulado abolicionista radical) que se da por la diversificación (“*diversion*”), transfiriendo la solución del conflicto a instancias informales.¹⁶⁸

Por fin, en los días actuales teniendo en cuenta el abuso de la prisión provisional, se impone también reivindicar una amplia *desprisionización*, que consistiría en el proceso minimalista dirigido principalmente al proceso

¹⁶⁷ Cfr. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, p. 399; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 247 y ss.

¹⁶⁸ Diversificación (“*Diversion*”) significa precisamente la búsqueda de soluciones alternativas al sistema penal tradicional (cfr. DIAS y ANDRADE, *Criminología. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, p. 402). Sobre algunas alternativas de diversificación, especialmente en Canadá, cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 191 y ss.

penal con el fin de evitar al máximo el encarcelamiento cautelar o procesal (provisional).

El Derecho penal mínimo configura, de esa forma, uno de los más razonables *trends* de la Política criminal moderna. Es en torno a esas ideas donde se viene construyendo un enorme consenso, sobre todo porque sus postulados y principios no son cerrados. Eso permite una intensa y constante reformulación, como constató el Consejo Europeo en su *Rapport sur la décriminalisation*.¹⁶⁹ No se puede decir que esa tendencia hacia la despenalización (en sentido amplio) sea algo reciente. Vienen de los clásicos y de la doctrina iluminista (Beccaria, Bentham, Stephen, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano etc.) las primeras reivindicaciones de no-intervención estatal.¹⁷⁰ Von Liszt, ya en el inicio del siglo, decía que la legislación de su tiempo usaba exageradamente la pena como medio de lucha contra el delito.¹⁷¹ Pero, de cualquier manera, tampoco se puede negar que la “descriminalización” constituye el *leit motiv* de la política criminal de nuestro tiempo, según una perspectiva que se coloca en antítesis al proceso de inflación penal.¹⁷²

Aunque agregando al Derecho penal mínimo la nota de la transitoriedad, Zaffaroni, como defensor del “minimalismo penal”,¹⁷³ admite la intervención “mínima” en cuanto medio de “paso para el abolicionismo

¹⁶⁹ Cfr. BACIGALUPO, *Descriminalización y prevención, Poder Judicial – Jornadas sobre la justicia penal en España*, 1987, p. 10. Aún sobre las Recomendaciones del Consejo de la Comunidad Europea cfr. NEUMAN, *Mediación y conciliación penal*, p. 105 y ss.

¹⁷⁰ Cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 86 y ss.; BATISTA (Nilo, *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*, p. 84 y ss).

¹⁷¹ Cfr. BACIGALUPO, *Descriminalización y prevención, Poder Judicial – Jornadas sobre la justicia penal en España*, 1987, p. 9-10.

¹⁷² Cfr. BRICOLA, Prólogo al libro *El proceso despenalizador* de PERIS RIERA, p. 7.

¹⁷³ Cfr. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, p. 191 y ss.

total” y en la medida en que la intervención del actual sistema penal resulte menos violenta que las otras formas de decisión de conflictos, o sea, en la medida que la solución del conflicto quede fuera del poder verticalizador (militarizado) y conformador de la sociedad actual.

Para trazar concretamente las líneas básicas de la intervención mínima del Derecho penal, es decir, para construir algunas hipótesis de trabajo o “pautas despenalizadoras”, tres contribuciones relevantes pueden servir de orientación. Ellas corresponden a Hulsman, Baratta y Cervini.

Para el primero¹⁷⁴ no se justifica la intervención penal: (a) para garantizar el predominio de una *concepción moral* determinada;¹⁷⁵ (b) para dar *tratamiento adecuado* a ciertas personas;¹⁷⁶ (c) para hacer al público creer que se *solucionó* el problema;¹⁷⁷ (d) cuando se sabe que la conducta huye de la *capacidad operacional* del sistema;¹⁷⁸ (e) cuando se trata de

¹⁷⁴ Cfr. HULSMAN, apud CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 90.

¹⁷⁵ Ejemplos: crimen de adulterio, de seducción etc. —estos ejemplos y los demás que vendrán no son del autor, sino un intento nuestro de ilustrar la exposición, conectándola con la realidad brasileña y, tanto cuanto sea posible, con el ordenamiento jurídico-penal español.

¹⁷⁶ Ejemplo: castigo de personas con ideología diferente. Un Estado de Derecho que se funda en la tolerancia no puede punir la persona sólo por su ideología. Sobre el estrecho vínculo entre los cambios de régimen político y el Código Penal cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 13 y ss.

¹⁷⁷ Ejemplos: aumento de penas, “endurecimiento del sistema”, delitos ecológicos muy abstractamente descritos etc. Sobre la influencia de la ideología de la “ley e el orden” en el nuevo Código Penal español cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 41.

¹⁷⁸ Ejemplos: delito fiscal, las faltas. Sobre la amplia despenalización de las faltas en el derecho español precisamente en virtud del “gran número de procesos ante los Tribunales de Justicia” cfr. BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 193 y ss.

comportamientos que son típicos de los grupos marginales;¹⁷⁹ (f) cuando se trata de delitos en que las víctimas no se interesan por la reacción penal;¹⁸⁰ (g) cuando se trata de comportamiento *demasiado frecuente*;¹⁸¹ (h) cuando se trata de un desajuste social o psíquico;¹⁸² (i) cuando se trata de un comportamiento de la esfera privada¹⁸³ o (j) cuando se trata de comportamiento que la población admite o tolera sin que haya graves traumas sociales.¹⁸⁴

Para Alessandro Baratta,¹⁸⁵ en cuyas elaboraciones se ha inspirado Cervini,¹⁸⁶ la “pauta despenalizadora” comprende principios intrasistemáticos y extrasistemáticos. Entre los primeros se destacan: principio de legalidad o reserva legal, taxatividad, irretroactividad, supremacía de la ley penal substantiva y representación popular (son principios de limitación formal); hay todavía los principios funcionales,

¹⁷⁹ Ejemplo: la mendicidad. Con la reforma de 1989 en España la utilización de menores para la mendicidad pasa a constituir delito: cfr. BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 176 y ss.

¹⁸⁰ Ejemplo: delitos patrimoniales de pequeña entidad (las víctimas, en general, en esos casos, ya no se interesan por la intervención penal).

¹⁸¹ Ejemplos: juegos en general, embriaguez. En cuanto a los juegos, cabe subrayar que en España ya fueron despenalizados: cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 187 y ss.

¹⁸² Ejemplo: maltratos contra el hijo.

¹⁸³ Ejemplo: uso privado de estupefaciente, que es delito según la legislación brasileña.

¹⁸⁴ Ejemplos: delitos de lesiones, coacciones o contra el honor cuando la ofensa es ínfima, insignificante. Cfr. también infra Cap. VI, n. 5.

¹⁸⁵ Cfr. BARATTA, Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal), *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales*, n. 37 a 40, 1987, n. 37 a 40, 1987, p. 627 y ss.

¹⁸⁶ Cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 90 y ss.

que son: de respuesta no contingente, de proporcionalidad, de humanidad, de idoneidad de la pena, de subsidiariedad, de adecuación del costo social, de capacidad operacional del sistema, de respeto a las autonomías culturales, de primacía de la víctima; por último existen los principios de limitación personal: de imputación personal, de responsabilidad por el hecho (Derecho penal del hecho, no del autor), de exigibilidad social del comportamiento alternativo.

Entre los principios *extrasistemáticos* cabe destacar: el de no-intervención útil, de privatización de los conflictos, de conservación de las garantías formales, de alteración metodológica de los conceptos, de criminalidad y pena, de especificación de los conflictos y de las penas, de prevención, de articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales.

En la misma línea, Cervini distingue las “indicaciones intradogmáticas” de las “extradogmáticas”.¹⁸⁷ Entre las primeras están: (a) no deben ser impuestas o no deben ser previstas legalmente las penas de muerte, torturas o penas infamantes; (b) el juez debe aplicar la pena más favorable cuando el cuerpo normativo penal sanciona la misma conducta con penas diferentes; (c) las disposiciones penales derogatorias o restrictivas de punibilidad deben repercutir en todos los ámbitos dogmáticos posibles; (d) deben ser descriminalizadas las conductas previstas en tipos penales que chocan con la Constitución (ejemplo: la presunción del peligro choca con la presunción de inocencia y el principio de ofensividad); (e) el derecho interno debe ser interpretado de acuerdo con los textos internacionales incorporados en el ordenamiento jurídico; (f) no deben ser criminalizadas

¹⁸⁷ Cfr. CERVINI. *Los procesos de descriminalización*, p. 98 y ss.

las conductas sin nocividad social; (g) debe ser abolida la responsabilidad penal objetiva; (h) deben ser abolidos los tipos penales que expresan un “Derecho penal del autor”.

Entre las indicaciones *extradogmáticas* están: (a) debe ser excluido del sistema penal la criminalidad de relevancia mínima; (b) deben ser descriminalizadas las conductas que ya no son indeseables; (c) se debe priorizar otras formas de reacción; (d) no deben ser criminalizados comportamientos dañosos pero que trascienden la norma penal; (e) deben ser descriminalizadas las conductas que expresan un riesgo asumido; (f) deben ser descriminalizadas las conductas que pueden ser evitadas por factores exteriores; (g) no debe ser criminalizada la conducta cuya punición es más perniciosa que la impunidad; (h) la ley penal no debe ser usada con el fin de hacer que con ella el agente actúe en su propio beneficio; (i) no deben ser criminalizadas, en principio, las conductas practicadas por ciertas culturas; (j) la ley penal no debe ser utilizada si el sistema no permite su aplicación; (l) deben quedar fuera del Derecho penal las conductas puramente inmorales.

d) Prevencionismo limitado

Entre las teorías legitimadoras de la pena, cabe destacar la corriente político-criminal que admite la prevención general positiva de la pena en conjunto con la resocialización (prevención especial positiva), es decir, que cree que la pena y el Derecho penal se justifican por su utilidad social, pero siempre que se vincule con el espíritu y con la naturaleza del Estado Social y Democrático de Derecho, con todas sus limitaciones y garantías, destacándose los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de legalidad, de utilidad de la intervención penal, de subsidiariedad, de

dignidad humana, de humanidad de la pena, de culpabilidad, de proporcionalidad, de resocialización etc.¹⁸⁸

El autor aboga la función preventiva limitada de la pena, en consonancia con la función que atribuye al Estado. No llega a propugnar una amplia despenalización, sino la “limitación” del *ius puniendi* estatal. En cierto sentido, esa corriente está en sintonía con el Derecho penal mínimo: primero porque exige que la intervención penal respete todas las garantías inherentes al moderno modelo de Estado (Social y Democrático de Derecho) –máximas garantías–, y en segundo lugar porque propone la minimización de la propia intervención penal.

e) La moderna corriente criminológica de la prevención (prevencionismo moderado)

La moderna Criminología, más allá de la preocupación de estudiar los fenómenos correlacionados al ámbito normativo y extranormativo criminal, también se ocupa y asume como una de sus funciones la de prevenir eficazmente el delito.¹⁸⁹ Entiende que todos sus conocimientos e informaciones sobre el crimen, el delincuente, la víctima y el control social no pueden ser usados exclusivamente para castigar más y mejor, sino para prevenir las infracciones. La mera represión no cuida de las raíces del problema criminal, por eso, no es legítima la exclusiva intervención “penal”, ampliando el ámbito o la intensidad del Derecho penal y de sus penas o solamente mejorando la eficacia del sistema legal.

¹⁸⁸ Cfr. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, p. 17 y ss.; *idem*, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, p. 124 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 877 y ss.

La creencia tradicional en la eficacia preventiva general de la pena (teoría de la “coacción psicológica” de Feuerbach) se degeneró y pasó a confundir eficacia disuasoria con su rigor nominal;¹⁹⁰ es una tesis que opera con mecanismos muy simplificadores y es hoy muy contestada.¹⁹¹

La moderna Criminología, por el contrario, inclinándose a la prevención del delito, parte de las siguientes premisas: (a) de la intrínseca nocividad de la intervención penal (que es negativa para todos y exige elevadísimos costes sociales), (b) de la complejidad del efecto disuasorio de la pena (que para ser alcanzado depende de la concurrencia de una serie de factores, tales como rapidez en la aplicación de la pena, infalibilidad, contenido real, no nominal, del castigo, etc.) y (c) de la necesidad de ampliar el ámbito de intervención preventiva, orientándose no sólo con relación al infractor potencial, sino también a la víctima, a las condiciones espaciales y ambientales, a la calidad de vida y ampliación de las oportunidades vitales de las clases menos favorecidas etc.¹⁹²

Se distingue así, la compleja y pluridimensional prevención (modelo preventivo) de la disuasión (modelo represivo), sea el clásico, basado

¹⁹⁰ Cfr. ALVIRA MARTIN, El efecto disuasor de la pena, en *Estudios penales y criminológicos*, VII, p. 13: “Si la pena capital lleva en sí misma una amenaza potencial que tiene una influencia constriñente en la conducta humana, podemos suponer que cuanto mayor sea la amenaza más efectiva será esta influencia”.

¹⁹¹ Cfr. ALVIRA MARTIN, El efecto disuasor de la pena, en *Estudios penales y criminológicos*, VII, p. 15: “Los tres aspectos clásicos de la pena –severidad o cuantía del castigo, certeza del mismo y rapidez– inciden directamente sobre la mediación en la relación entre pena y disuasión. Si la pena/castigo es suficientemente severa o grave, la aplicación del castigo tiene lugar inmediatamente después de la comisión del delito y por último existe un grado de certeza alto de que la comisión de un delito lleva emparejado la aplicación de una pena o castigo, si y sólo si se dan estas tres condiciones a la vez parece lógico pensar en un efecto disuasor de la pena”. Un somero análisis de un sistema de control social cualquiera pone de relieve que en la aplicación de las penas normalmente no se cumplen ni el requisito de certeza, ni desde luego el de rapidez.

¹⁹² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 301 y ss.

solamente en la eficacia disuasoria de la pena, sea el neoclásico, fundado en la eficacia del sistema legal.¹⁹³ El modelo disuasorio o intimidatorio (“paleorrepresivo”), que siempre fue adoptado por la Criminología y Justicia criminal clásicas, poco o nada se preocupa de la reparación de los daños en favor de la víctima, de la efectiva resocialización del infractor o de las expectativas sociales de pagar el menor “coste” posible (incluyendo el sagrado derecho de libertad) por el problema criminal.

La verdadera política criminal preventiva exige “la intervención dinámica y positiva o la neutralización” de las raíces (causas, factores) del crimen y se divide en prevención *primaria* (mejora de las condiciones y estructuras sociales, permitiendo que las personas carentes superen sus déficits de oportunidades y calidad de vida, tornando sus vidas menos conflictivas; esos programas requieren evidentemente, intervención tanto de las instituciones públicas como de la comunidad en general), *secundaria* (que se dirige no al origen del problema criminal, sino a los ámbitos donde él se manifiesta: programas de prevención policial, de vigilancia de determinados lugares, autoprotección etc., son programas ‘situacionales’ que vienen siendo desarrollados principalmente en los Estados Unidos, Inglaterra, etc.) y *terciaria* (que tiende a evitar la reincidencia del condenado).

Entre los programas de prevención primaria se destaca claramente el de cuño político-social (lucha contra la pobreza, igualdad de oportunidades, bienestar social, calidad de vida etc.), el “geográfico”, el de orientación “cognitiva” etc.; entre los de prevención secundaria podemos citar el arquitectónico o urbanístico, el de prevención “victimaria”, etc.; por fin,

¹⁹³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 312-316.

entre los de prevención terciaria se incluyen los “alternativos” (que buscan evitar la intervención del sistema legal o suavizar esa intervención) y los de intervención (resocialización).

Goza de primacía, entre todos, los de prevención primaria, visto que los otros o no atacan las “raíces” del delito o “llegan muy tarde”. La prevención secundaria solamente “dificulta” la realización del delito y presenta el defecto de trasladar la criminalidad de un espacio geográfico (vigilado) para otro (no vigilado, no protegido). Por fin, la prevención terciaria “llega tarde demás porque sólo ocurre después de cometido el delito (tiende a evitar la reincidencia)”.

f) Impedir antes de punir: acentuado control preventivo estatal (prevencionismo exagerado)

En la línea político-criminal prevencionista existe una otra corriente que entiende que la reducción de la criminalidad y, en consecuencia, de la incidencia del Derecho penal sería posible con un control preventivo estatal fuerte, es decir, a través de una vigilancia intensa de los ciudadanos, que no es tarea difícil hoy día en razón de la moderna tecnología (interceptaciones de conversaciones telefónicas, interceptaciones ambientales, incluso domiciliarias, telecámaras, quiebra de datos personales, vigilancia electrónica etc.).

Desde el punto de vista del Estado de Derecho diversas de las medidas preventivas anunciadas no son compatibles con los derechos fundamentales. La limitación de la vida privada e íntima de las personas a

menudo constituye una invasión ilegítima, con la posibilidad de alcanzarse el núcleo esencial de la personalidad.¹⁹⁴

g) Nuestra postura frente a las diversas tendencias político- criminales

Si por un lado no podemos compartir los postulados del neorretribucionismo, porque hasta hoy nadie discute que tenemos una llamativa “inflación legislativa” en el ámbito criminal, lo que permite, en el plano normativo, que el Estado penetre excesivamente en los dominios de la libertad del ciudadano, y por otro lado no reivindicamos la total y absoluta desinstitucionalización de las posibles respuestas contra la conducta desviada (lo que es propugnado por el abolicionismo radical) ni tampoco un prevencionismo contrario al Estado de Derecho, sólo queda inscribirnos entre los adeptos del Derecho penal mínimo,¹⁹⁵ que tiene entre sus fundamentos tres premisas: a) el cuestionamiento de la ideología del tratamiento resocializador y de las prisiones;¹⁹⁶ b) el elevadísimo costo de la operacionalización del sistema penal que, por lo que representa socialmente en cuanto a “beneficios”, ostenta más efectos negativos que positivos;¹⁹⁷ c) la deslegitimación tendencial del sistema en virtud de su inherente e irremediable selectividad y discriminación, sea frente al “seleccionado”, sea frente a la víctima.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Cfr. ROXIN, Ha un futuro il Diritto penale?, *Critica del Diritto*, 1998, p. 234.

¹⁹⁵ Cfr. GOMES (Luiz Flávio, Direito penal mínimo: lineamentos das suas metas, *RCNP*, 1995, p. 71 y ss.).

¹⁹⁶ Cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 21 y ss; BITENCOURT (Cezar Roberto, *Falência da prisão. Causas e alternativas*, *passim*); MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 89 y ss.

¹⁹⁷ Cfr. CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 39 y ss.

¹⁹⁸ Cfr. ZAFFARONI, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, *passim*.

La política criminal fundada en el “Derecho penal mínimo” significa, para expresar en pocas palabras, “*mínima intervención penal, con máximas garantías*”.¹⁹⁹ Y en tres ámbitos distintos puede y debe esa línea político-criminal ser puesta en práctica: legislativa, ejecutiva y judicial.²⁰⁰

En primer lugar cabría al *legislador*, haciendo un buen uso del concepto de “merecimiento de pena”²⁰¹ así como de los principios no intervencionistas promover (formalmente) una amplia despenalización; por otra parte, se le impone evitar al máximo la criminalización de nuevas conductas, el incremento de penas o la flexibilización de las garantías penales y procesales.

En segundo lugar competiría al *Ejecutivo* adoptar una nítida e impostergable política de prevención del delito, dando prioridad evidentemente a los procesos de prevención primaria, sin olvidar, por supuesto, los de prevención secundaria y terciaria (es mejor prevenir que castigar, ya decía Beccaria).

Por fin cabría al *Poder Judicial* llevar hasta sus últimas consecuencias la *eficacia limitadora* de los principios intradogmáticos (ámbito penal), partiendo del elemental principio de que la misión del Derecho penal es exclusivamente la de tutelar bienes jurídicos de forma subsidiaria y fragmentaria, es decir, cuando el ataque efectivo sea intolerable, así como la *eficacia garantizadora* de los principios constitucionales, internacionales y procesales (ámbito procesal penal).

¹⁹⁹ Cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 33 y ss.

²⁰⁰ Cfr. LAZERGES, *La politique criminelle*, p. 57 y ss.

²⁰¹ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 65 y ss.

Lo que está programado para llegar al conocimiento y ser juzgado por el sistema penal (conjunto de las conductas criminalizables) configura, como se sabe, el *input* del sistema. Nadie discute la existencia de una aterradora “inflación penal”, cuyas consecuencias (fácilmente constatables en los días actuales) sólo no son peores en razón de la indiscutible alta tasa de cifra negra.²⁰² Para humanizar la justicia criminal y mejorar su *performance*, cuantitativa y cualitativamente, se impone así, una apreciable “deflación penal”, que debe ocurrir sobre todo por medio de los procesos de despenalización (que en sentido amplio comprende incluso la descriminalización).

5. Las metas de los movimientos político-criminales

Las metas de los movimientos político-criminales, por naturaleza, son intrínsecamente dialécticas o de “doble mano”²⁰³ (criminalizar y/o descriminalizar, penalizar y/o despenalizar etc.). Eso se debe a la relatividad de los conceptos de crimen y de reacción penal, los cuales, siendo fenómenos sociales, se sujetan a las mutaciones y evoluciones del hombre y de la sociedad.

El concepto (sociológico) de conducta desviada es variable en el tiempo y en el espacio: la relación homosexual entre adultos (aunque sólo recientemente en algunos países –Alemania, por ejemplo) fue excluida de

²⁰² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 245 y ss.

²⁰³ Cfr. ARAÚJO JÚNIOR (João Marcelo de, Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos, *Sistema penal para o terceiro milênio*, p. 65 y ss.).

prácticamente todos los códigos penales europeos; la hechicería fue delito y ya no lo es; las actividades de los adivinos, reprobadas en el pasado, hoy son buscadas por personas de todas las clases sociales.

La reacción penal, por su parte, también está sujeta a constantes transformaciones: en los días actuales, desde la óptica del principio de humanización, ya no son admisibles, *ad exemplum*, la pena de muerte, las penas corporales, infamantes o crueles, la prisión perpetua etc.²⁰⁴. Incluso la pena de prisión, en éste momento, se encuentra bastante cuestionada.²⁰⁵

Por otro lado, no se puede dejar de registrar que la sociedad denominada *postindustrial* (de la era digital o informacional) demanda la criminalización de ciertas conductas (en el campo de la informática, de la genética etc.).²⁰⁶

²⁰⁴ Sobre la pena de muerte, especialmente en España: cfr. GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, p. 25 y ss. Para una introducción a la evolución histórica de [las penas y de] los Códigos penales españoles cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 24 y ss. Véase también ROBLEDO VILLAR, DE LAMO RUBIO y FERNÁNDEZ GARCÍA, *Delitos y faltas. Garantías penales y aplicación de la ley penal*, p. 11 y ss.

²⁰⁵ Bien señala GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, p. 155: “Y, sin embargo, menos de doscientos años han bastado para advertir a los penalistas que tal castigo se encuentra en decadencia y así es fácil el encontrar hoy libros, monografías o trabajos científicos donde no sólo se habla de la crisis de la pena carcelaria, sino de que es un claro factor criminógeno; varios son los motivos de la afirmación”. En la página siguiente (ob. ult. cit., p. 156) añade: “el fracaso rehabilitador de la privación de libertad, en su planteamiento de ejecución clásica, se prueba sobradamente con los porcentajes globales de reincidencia que autores solventes, como Glaser, Neuman e Irurzun y Clemmer: entre el 60 y 80 por 100, frente a un 10-20 por 100 de reincidencia en el sistema de ‘parole’; no mejor parado sale el tema del personal funcionario, pues la ‘mentalidad de carcelero’, existente en muchos de los locales de pena, así como la ausencia de preparación, se denuncia por Elías Neuman, diciendo Sánchez Galindo que, en un alto porcentaje de casos, el personal está deformado y es contraindicado para la tarea de reeducación”. Particularmente la pena de prisión de corta duración no encuentra apoyo en la doctrina actual: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, pp. 33-34; GARCÍA VALDÉS, *Teoría de la pena*, p. 156. Sobre la eliminación de la prisión continuada inferior a seis meses por el Código Penal español de 1995 cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 41. Para una amplia visión de la falencia de la pena de prisión: BITENCOURT (Cezar Roberto, *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*, passim).

²⁰⁶ Sobre los procesos de descriminalización y neocriminalización cfr. DIAS y ANDRADE, *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*, p. 397 y ss.

Las metas de los modernos y diversos movimientos político-criminales (siempre de doble-vía) son muy conocidas en el ámbito de la política criminal.²⁰⁷ Las principales son:

a) Criminalizar y descriminalizar

Criminalización y descriminalización,²⁰⁸ afirma Delmas-Marty,²⁰⁹ “son a la vez objeto y sujeto, movimientos de política criminal y definición de política criminal; las consecuencias son también las causas”. Una es bandera del neorretribucionismo; la otra, del “Derecho penal mínimo”; una casi siempre viene inspirada por la ideología de la *law and order*, la otra en el modelo de Estado liberal iluminista.

Por *criminalización* se entiende el proceso que reconoce formalmente la antijuridicidad de una conducta, describiéndola como infracción penal o transformándola de contravención en delito. La *descriminalización* consiste en el proceso de retirar el carácter de ilícito “penal” de una conducta,²¹⁰ lo que significa en consecuencia que ella deja de integrar el ámbito de incidencia de la Justicia criminal. Puede darse una descriminalización total

²⁰⁷ Cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 149 y ss.

²⁰⁸ Sobre la utilización de la palabra descriminalización y “no descriminalización” cfr. en CERVINI, *Os processos de descriminalização*, p. 77, nota “a”.

²⁰⁹ Cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 149.

²¹⁰ Un concepto prácticamente coincidente es adoptado en el *Rapport sur la décriminalisation*, p. 13: “Por descriminalización nosotros entendemos los procesos según los cuales la ‘competencia’ del sistema penal para infligir sanciones... es retirada”; cfr. también RUIZ VADILLO, en *Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología*, 1999, n. 13, p. 100 y ss. De todos modos, no se puede olvidar que la palabra *despenalización* es de uso más común para expresar tanto la descriminalización, en el sentido que acaba de ser mencionado, como la despenalización *stricto sensu* (que consiste en restringir la intervención penal, sin retirar el carácter de ilícito penal del hecho). La utilización de una u otra expresión es una cuestión de “convención terminológica”: cfr. BOLIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 193.

(abrogación) o parcial (transferencia del ilícito “penal” para otros ámbitos del Derecho: administrativo, civil etc.).²¹¹

Criminalizar es introducir en el sistema penal un nuevo valor como objeto de tutela; descriminalizar es retirarlo del sistema; criminalizar es “fabricar nuevos signos que van dividir el espacio social en lícito – ilícito”, ya descriminalizar significa, la desaparición de ese signo.²¹²

b) Penalizar y despenalizar

Penalizar consiste en incrementar la reacción formal para controlar determinada conducta desviada, es decir, agravar el control existente.²¹³ La manera más común de penalización consiste en la conminación de la pena de prisión para quien viola la norma penal. El movimiento de penalización guarda correspondencia con el “cortar” de Delmas-Marty,²¹⁴ que significa una relación débil con el delincuente o marginal... ella no prepara el futuro –inserción social en la salida de la prisión, por ejemplo– y en el presente se contenta con diluir la reprobación social.

Despenalizar, por su parte, *en sentido estricto*, significa adoptar procesos o medidas alternativas, de naturaleza penal o procesal, que tienden, sin rechazar el carácter ilícito de la conducta, a dificultar o evitar o restringir la aplicación de la pena de prisión o su ejecución o también su reducción o

²¹¹ Cfr. ROXIN, Ha un futuro il Diritto penale?, *Critica del Diritto*, 1998, p. 236.

²¹² Cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 188.

²¹³ Un sistema de penas progresista no puede limitarse a acabar con las penas cortas, sino que igualmente debe erradicar de su catálogo de sanciones las largas privativas de libertad, ya que criminológicamente está demostrado que un internamiento superior a quince años causa al penado, irremediable e inconstitucionalmente, daños irreversibles en su personalidad, conduciéndole a su destrucción como ser social: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 34, que critica el CP de 1995 por las sanciones aniquiladoras de la persona.

²¹⁴ DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 161.

eliminación. Las alternativas clásicas no son consensuales, es decir, no pasan por la transacción, por el acuerdo o por la conciliación.

Los sustitutivos penales y las medidas alternativas configuran ejemplos clásicos de despenalización no consensual. Modernos instrumentos alternativos tienen en cuenta el *consenso*, el principio de oportunidad; le interesa más la resocialización que la retribución del infractor, más la reparación de los daños a la víctima que la atención a la pretensión punitiva estatal (sigue esa línea despenalizadora *strictu sensu* la Ley brasileña 9.099/95).²¹⁵

En sentido amplio, la despenalización comprende todas las medidas de no-intervención o restricción del Derecho penal, es decir, la descriminalización y las alternativas a la privación de la libertad.

c) Síntesis de los movimientos político-criminales y sus metas

Como síntesis de lo expuesto respecto de los múltiples movimientos político-criminales y sus metas podríamos enfatizar: por un lado tenemos los movimientos *intervencionistas* y, por otro, los *no-intervencionistas* (en el fondo es la restauración del clásico debate que existe al pretender distinguir el espacio de la libertad individual del espacio de la intervención estatal).

Los primeros buscan incrementar la respuesta estatal para la solución de los conflictos penales; son aceptables mientras tales reacciones sigan las reglas del juego democrático, reconociendo la pluralidad de ideas y maneras de ver el mundo (respeto a la diversidad); se tornan ostensiblemente perniciosos cuando adoptan los procedimientos de los modelos autoritarios

²¹⁵ Véase infra n. 7, “Excursus” sobre la despenalización brasileña.

o totalitarios de política criminal. Sus metas principales son: criminalizar y penalizar.

Al contrario, los segundos (movimientos no intervencionistas) se caracterizan por la abolición o drástica reducción de la intervención estatal para la resolución de los conflictos penales; buscan incrementar la respuesta social, informal. Se corresponden con el modelo liberal de política criminal. Sus metas principales son: descriminalizar y despenalizar.

Los movimientos político-criminales y sus metas, en suma, corporifican un juego (“excesivamente ciego”) de influencia del cuerpo social a partir, alrededor, al lado o fuera del fenómeno criminal propiamente dicho.²¹⁶ Es un juego que parece interminable entre el *ius libertatis* y el *ius puniendi*.

De todos modos, debemos tener siempre presente esta precisa advertencia: “En política criminal, como en otras áreas, no se avanza sin investigaciones ni se clasifican las elecciones cada vez más complejas a fuerza de un simple empirismo... en ese campo, más que en cualquier otro, la fuerza del prejuicio y el escepticismo respecto de los métodos científicos son particularmente acentuados”.²¹⁷ Siendo el Derecho penal mínimo una tendencia reduccionista de la intervención estatal punitiva, sus principales metas son: descriminalizar y despenalizar.

6. Breve esbozo de los procesos de despenalización

²¹⁶ Cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 169.

²¹⁷ Cfr. DELMAS-MARTY, *Modelos actuales de política criminal*, p. 200.



La *despenalización*, entendida en sentido amplio,²¹⁸ comprende tanto la *descriminalización* —exclusión de la naturaleza “penal” del ilícito— como las sanciones o medidas *alternativas* a la pena privativa de libertad.

a) *Descriminalización*

Existen dos vías a través de las cuales es posible que se dé la descriminalización: (a) la vía legislativa, formal o (b) la vía judicial, interpretativa. La primera implica una decisión del legislador de retirar del ámbito de lo prohibido determinada conducta (*abolitio criminis*), ampliando de ese modo el ámbito de libertad. Generalmente es precedida de una descriminalización “fáctica”, es decir, la ley criminal, a pesar de su vigencia formal, deja de ser aplicada o porque la propia conciencia popular no repugna la conducta (v.g.: los juegos de azar)²¹⁹ o porque las propias víctimas no se interesan por la operatividad del sistema penal (caso del adulterio).²²⁰

²¹⁸ Es en ese sentido amplio que la palabra despenalización es utilizada, por ejemplo, por PERIS RIERA, *El proceso despenalizador*, p. 27 y ss. y es la que caracteriza el proceso minimalista italiano: véase SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, passim. Para una breve introducción histórica de los códigos penales españoles anteriores al Código Penal de 1975 y los rasgos esenciales de cada uno, incluso bajo la perspectiva de la despenalización, cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, pp. 23-30. Sobre los aspectos despenalizadores de las reformas penales ocurridas en España de 1983 a 1989 cfr. GOMES (Luiz Flávio, Política penal espanhola nos últimos anos, *Revista dos Tribunais*, v. 684, p. 289 y ss. y la bibliografía citada).

²¹⁹ El ejemplo es válido para el derecho brasileño; no lo es con relación al derecho español, teniendo en cuenta su descriminalización con la reforma penal de 1983 (Ley Orgánica 8/1983, de 23 de junio): cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 187 y ss. . Pero el camino para liberalizar el ‘juego’ (las apuestas) se inició con el Real Decreto Ley 16, de 25 de febrero de 1977 (cfr. NICOLÁS MARTÍ, *El ‘juego’ ante el derecho. Regulación jurídica del “juego” en la Comunidad Autónoma de Canarias*, p. 27).

²²⁰ Del mismo modo, el ejemplo sólo es válido con relación al derecho brasileño. En cuanto al derecho español las Leyes 22/78, 46/78, 8/83 y 5/88 derogaron diversos delitos sexuales, incluyendo el

La vía descriminalizadora legislativa puede ser también caracterizada como vía extradogmática o extrasistemática por exigir un proceso “formal” de derogación del ilícito (aprobación de una nueva ley) que está fuera del ámbito interpretativo dogmático (o sistemático).

Si por un lado existe una demanda para criminalizar nuevas conductas (crímenes genéticos, informáticos, protección del medio ambiente²²¹ etc.), por otro, un amplio, serio e imprescindible proceso de descriminalización formal (legislativa) no puede dejar de merecer idéntica atención.²²² Especialmente en un momento de reformas penales, parece muy oportuno recordar que el principio de intervención mínima en sus principales vertientes de la fragmentariedad y subsidiariedad, exige una acentuada

adulterio (cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Razones y sinrazones para una reforma anunciada, *La Ley*, 1997, D-184, p. 1.143). De todos modos, decir que la ley deja de ser aplicada concretamente no significa que no puede ser aplicada. La ley deja de tener existencia formal exclusivamente cuando es derogada o abrogada. En cuanto al Derecho penal español, a partir de la llegada de la democracia, entra en un radical proceso de reforma despenalizadora, desapareciendo de los Códigos los tradicionales delitos de adulterio y de amancebamiento, homosexualidad, comercialización de productos pornográficos etc. Por otro lado, con la reforma del Código Penal, por la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, se rellena dos lagunas en referencia a la protección de la infancia que la torpeza o la imprevisión del legislador habían dejado sin cubrir en el CP 1995. Ello supone un avance frente a la regulación del Código Penal de 1995: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la quinta edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 16-19.

²²¹ La protección penal del medio ambiente en España, por ejemplo, era prácticamente nula antes de la reforma de 1983: cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 201 y ss. En sentido contrario a protección de naturaleza penal cfr. MÜLLER-TUCKFELD, Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente, en *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. C. M. Romeo Casabona, p. 507 y ss.

²²² Sobre la importancia de las reformas penales para promover la descriminalización de delitos que chocan con el nuevo orden constitucional, guiado por un nuevo régimen político cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 13-17. Con relación a las reformas promovidas en España, hasta 1989, en general con carácter despenalizador, cfr. GOMES (Luiz Flávio, Política penal espanhola nos últimos anos, *Revista dos Tribunais*, v. 684, p. 289 y ss.).

tendencia descriminalizadora,²²³ como por ejemplo: ampliando las hipótesis permitidas de aborto,²²⁴ aboliendo algunos delitos sexuales²²⁵ etc.

La *vía judicial o interpretativa*, por su parte, es directa o inmediata porque permite que el aplicador de la ley pueda, valiéndose de los principios limitadores del *ius puniendi* estatal, y siempre que no se ve afectado el principio de legalidad, restringir el ámbito de lo prohibido, garantizando mayor libertad de acción para los individuos. Es por ello una vía intradogmática o intrasistemática, es decir, la restricción del ámbito del ilícito (de lo no permitido) encuentra apoyo dentro del propio ordenamiento jurídico.

Por la vía judicial o interpretativa (intradogmática o sistemática) es posible una fértil y extensa construcción descriminalizadora, apoyada en principios o criterios interpretativos como por ejemplo el de *insignificancia*²²⁶ (insignificantes ofensas no configuran crimen contra el honor, por ejemplo). De gran relieve en la actualidad, por supuesto, también es el principio *nullum crimen sine iniuria* (no hay crimen sin la efectiva lesión o

²²³ Era precisamente esa tendencia descriminalizadora que se veía en las reformas aprobadas desde 1976 en España. Un radical cambio se ve ahora en el nuevo Código Penal de 1995: cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 41. Con relación a las reformas de 1983 y 1989 cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 23 y ss.; MUÑOZ CONDE, BERDUGO y GARCÍA ARÁN, *La reforma penal de 1989*, p. 11 y ss.); BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 21 y ss.

²²⁴ En sentido crítico a la posición restrictiva del Código Penal español de 1995 cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 36.

²²⁵ Sobre la reforma penal de 1983 en esa materia cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 176 y ss. Con relación a la reciente reforma promovida pela Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la quinta edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 16 y ss.

²²⁶ Cfr. *infra* Capítulo VI, n. 5.

peligro de lesión a un bien jurídico). Infracciones de peligro abstracto o presunto (conducción sin permiso, por ejemplo, que ya está descriminalizada en el derecho español, pero no en el brasileño),²²⁷ mientras que no impliquen ningún riesgo concreto para el bien jurídico protegido, no pueden configurar infracción “penal”,²²⁸ si se trata de falsedad “inocua o grosera”, no se puede hablar en delito; si el medio fraudulento fue “inocuo”, no se puede hablar en estafa etc.

b) La despenalización a través de sanciones o medidas alternativas

Despenalizar *en sentido estricto* consiste, como hemos visto, en adoptar sanciones, medidas o procesos alternativos de naturaleza penal o procesal que tienden, sin rechazar el carácter ilícito del hecho, a dificultar, evitar, sustituir o restringir la aplicación de la pena de prisión o su ejecución o aún su reducción o eliminación.²²⁹ Esas alternativas a la pena de privación de

²²⁷ Del principio de intervención mínima surge la moderna tendencia político-criminal a la descriminalización de conductas antaño delictivas. Así, v.g., como destaca MARTOS NUÑEZ, El principio de intervención penal mínima, *ADPCP*, 1987, p. 102, “el antiguo delito de conducción ilegal ha sido suprimido por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, atendiendo según la exposición de motivos de dicha ley ‘a un sentimiento generalizado, en los medios forenses y doctrinales, que no ha podido apreciar en tal conducta algo más que un ilícito administrativo’. En efecto, si lo decisivo en dicha conducta no era el hecho de conducir, sino, como señala Rodríguez Devesa, ‘el carácter de permiso’, parece evidente que el sujeto omitió el cumplimiento de un requisito administrativo, cual es la obtención del correspondiente permiso, para poder conducir un vehículo de motor por la vía pública, independientemente de su pericia o de la inexistencia de un perjuicio efectivo en las personas o en las cosas, a consecuencia de la conducción ilegal llevada a cabo por el agente. Por consiguiente, el tipo ha quedado sin contenido porque ya no cumple la función que le asignara Córdoba Roda de salvaguardar ‘la potestad de la Administración para autorizar la conducción de vehículos de motor’, quedando la ‘seguridad del tráfico’ garantizada por la tipificación y consecuente castigo, de los hechos más graves para el normal funcionamiento del tráfico motorizado, previstos en los artículos 340 bis a y siguiente”. En resumen, en la incriminación de una mera conducción sin permiso (que continua vigente en Brasil, según la última jurisprudencia del Tribunal Supremo) reside una patente violación al principio de ofensividad; es, además, un ejemplo de una infracción de mera desobediencia (cfr. GOMES, Luiz Flávio, *Estudos de Direito penal e processo penal*, p. 65 y ss.).

²²⁸ Cfr. GOMES (Luiz Flávio, *Estudos de Direito penal e processo penal*, p. 65 y ss).

²²⁹ Cfr. la Ley Orgánica 7/1998, de 5 de octubre, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ha suprimido las penas de prisión y multa para los supuestos de

libertad pueden ser consensuales (conciliación, transacción)²³⁰ o no consensuales (impuestas por el juez).

Tienden a “dificultar” la aplicación de la pena privativa de libertad: a) la transformación de la acción penal pública (persecución de oficio) en acción penal de iniciativa del particular (impulso particular); b) la transformación de la acción penal pública incondicionada (persecución de oficio) en acción penal pública condicionada a la manifestación (“representación”) de la víctima (denuncia de la víctima);²³¹ c) el reconocimiento de garantías penales materiales²³² etc.

Tienden a “evitar” la aplicación de la pena de prisión las llamadas “penas alternativas”.²³³ Entre ellas podemos recordar: (a) la multa; (b) penas restrictivas de derechos conminadas directamente en el tipo penal etc.²³⁴

no-cumplimiento del servicio militar obligatorio y prestación social sustitutoria y ha rebajado las penas de inhabilitación para dichos supuestos. Sobre la supresión de los efectos agravatorios de la multirreincidencia en el Derecho penal español cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, p. 90 y ss.

²³⁰ Cfr. infra en este Capítulo, n. 7 y en la doctrina NEUMAN, *Mediación y conciliación penal*, p. 83 y ss.

²³¹ Sobre esos procesos despenalizadores cfr. Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio y BOIX REIG, ORTS BERENGUER y VIVES ANTÓN, *La reforma penal de 1989*, p. 201; GOMES (Luiz Flávio, Política penal espanhola nos últimos anos, *Revista dos Tribunais*, v. 684, p. 289-290).

²³² El reconocimiento del principio de culpabilidad por la reforma penal de 1983 en España, por ejemplo, representó una barrera despenalizadora en el respectivo sistema penal, sobre todo porque evita la responsabilidad objetiva: cfr. QUINTERO OLIVARES y MUÑOZ CONDE, *La reforma penal de 1983*, pp. 20-36. En esa misma línea despenalizadora estaban la reglamentación del error, la simplificación de la legítima defensa etc.: cfr. GOMES (Luiz Flávio, Política penal espanhola nos últimos anos, *Revista dos Tribunais*, v. 684, p. 289).

²³³ Cfr. en favor de las sanciones alternativas y desde un planteamiento cristiano BERISTAIN IPIÑA, *El delincuente en la democracia*, p. 131 y ss.

²³⁴ Cfr. GOMES (Luiz Flávio, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 89 y ss.).

Diversos son los ejemplos de procesos que se orientan a “sustituir” la pena privativa de libertad aplicada. Son los llamados “sustitutivos penales”. Poseen esa naturaleza: a) la multa substitutiva; b) las penas restrictivas de libertad, de trabajo en beneficio de la comunidad²³⁵ y limitación o arresto de fin de semana; c) las penas restrictivas de derechos (llamadas también de interdicción temporaria de derechos): suspensión del permiso para conducir, prohibición del ejercicio de profesión, actividad u oficio y prohibición del ejercicio de cargo o mandato electivo.²³⁶

Cabe mencionar, además, los procesos alternativos que se inclinan a evitar o restringir la ejecución de la pena de prisión. Pueden ser mencionados: (a) el *sursis* – suspensión condicional de la ejecución de la pena; (b) el régimen abierto y el semiabierto; (c) la prisión domiciliar; (d) libertad condicional; e) remisión por el trabajo;²³⁷ f) amnistía, indulto individual e indulto colectivo etc.

²³⁵ En el sistema penal español actual el trabajo en beneficio de la comunidad sólo puede sustituir a la pena de arresto de fin de semana: cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 42.

²³⁶ Uno de los rasgos más claros en materia de sistema de pena en el nuevo Código Penal español (1995) es precisamente la previsión de formas substitutivas de la prisión. Es la más importante novedad de la Parte General, según GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 42. En la franja de gravedad que suponen las penas no superiores a dos años, al Juez o Tribunal se le pueden plantear hasta cinco posibilidades de elección: hacer cumplir la pena, suspenderla, suspenderla imponiendo reglas de conducta, sustituirla por arresto de fin de semana y sustituirla por multa (cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 42; GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 33). En Brasil, después de la Ley 9.714/98, penas de hasta cuatro años, si se cumplen los requisitos legales establecidos en cada caso, pueden ser sustituidas por otras diez modalidades de penas (cfr. GOMES, *Penas e medidas alternativas à prisão*, p. 102 y ss.

²³⁷ Por el Código Penal español de 1995 fue eliminado el anacrónico beneficio de la redención de penas por el trabajo: cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 39.

Un otro importante proceso alternativo que tiende a la reducción de la pena de prisión (permitiendo, muchas veces, dar origen a la despenalización total) y que merece mención especial consiste en la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios.²³⁸ Se habla en una tercera vía (*dritte Spur*) que, junto a la primera y la segunda (penas y medidas) ha de contribuir a los fines convencionales del Derecho penal.²³⁹ De todos modos, en el Derecho penal español la responsabilidad civil derivada de los delitos y faltas está disciplinada en el Código Penal.²⁴⁰

Las más recientes alternativas a la privación de la libertad procuran evitar no la aplicación de la pena privativa, sino la propia instauración del proceso o su desarrollo.²⁴¹ El “archivo” del caso, por razones de oportunidad, como existe en el Derecho alemán,²⁴² configura un ejemplo de alternativa que busca evitar el nacimiento del proceso.

²³⁸ Cfr. SERRANO MAÍLLO, *La compensación en Derecho penal*, p. 244 y ss., que señala “que la satisfacción de la víctima puede considerarse como uno de los fines a que debe tender el Derecho penal”. En sentido no coincidente cfr. SILVA SÁNCHEZ (*Perspectivas sobre la política criminal moderna*, p. 206) que afirma: “La reparación no constituye, pues, un nuevo fin del Derecho penal (un *dritter Zweck*), sino que es asumida por éste en tanto en cuanto contribuye al cumplimiento de los fines tradicionales del Derecho penal”. De cualquier modo, ya no se puede negar la relevancia de la reparación dentro del Derecho penal; así: QUINTERO OLIVARES, *La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena*, *Estudios penales en memoria del Prof. Agustín Fernández Albor*, 1989, p. 591 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 988 y ss.

²³⁹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, p. 207, que señala: “Una vez cometido el delito, e independientemente del refuerzo de la intimidación inherente a la norma, es lo esencial restablecer el estado de paz social previo a tal comisión... la reparación puede contribuir sustancialmente a la realización de fines del Derecho penal, desde perspectivas de subsidiariedad”.

²⁴⁰ Cfr. MONTÉS PENADÉS, *Comentarios al Código Penal de 1995*, AA.VV., coord. VIVES ANTÓN, p. 570 y ss.; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 25 y ss.

²⁴¹ Cfr. infra en este Capítulo, n. 7 (“*excursus*” sobre el proceso de despenalización en Brasil).

²⁴² Cfr. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, *passim*.

Buscan por otro lado evitar el desarrollo del proceso: a) la transacción penal (permitida para infracciones de menor potencial ofensivo, en los términos del art. 98, I, CB,²⁴³ y que puede ocurrir *ex vi* del art. 76 de la Ley 9.099/95);²⁴⁴ b) la suspensión condicional del proceso (que combina el principio de oportunidad con la conformidad –ahora prevista en el art. 89 Ley 9.099/95);²⁴⁵ c) la aquiescencia (conformidad penal pura) con la pena propuesta (en este caso no se trata de transacción porque la pena no es propuesta unilateralmente, de acuerdo con el principio de la obligatoriedad de la acción penal);²⁴⁶ d) el proceso por orden penal (el acusador propone en el inicio del caso una pena y el juez manda intimar al acusado, que puede aceptarla o no).

Otros modernos instrumentos buscan tan solamente “abreviar el término” del proceso: son los procedimientos sumarios, abreviados o acelerados. Cuando admiten la transacción o el acuerdo o la aquiescencia (conformidad), tienden a evitar el desarrollo del proceso.

²⁴³ Con la siguiente redacción: “La Unión, el Distrito Federal, los Territorios, y los Estados crearán: I – “juizados especiales”, proveídos por jueces togados, o togados y legos, competentes para la conciliación, el juicio y la ejecución de causas civiles de menor complejidad e infracciones penales de menor potencial ofensivo, mediante los procedimientos oral y sumarísimo, permitidos, en las hipótesis previstas en ley, la transacción y recurso a un grupo de jueces de primer grado”.

²⁴⁴ Con la siguiente redacción: “Habiendo representación o tratándose de crimen de acción penal pública incondicionada, no siendo caso de archivamiento, el Ministerio Fiscal podrá proponer la aplicación inmediata de pena restrictiva de derechos o multas, a ser especificada en la propuesta”.

²⁴⁵ Con la siguiente redacción: “En los crímenes en que la pena mínima conminada sea igual o inferior a un año, comprendidas o no por esta Ley, el Ministerio Fiscal, al ofrecer la denuncia, podrá proponer la suspensión del proceso, por dos a cuatro años, desde que el acusado no esté siendo procesado o no haya sido condenado por otro delito, presentes los demás requisitos que autorizarían la suspensión condicional de la pena (art. 77 del Código Penal).

²⁴⁶ Sobre la conformidad en el derecho español cfr. *infra*, en este Capítulo, n. 7 y la amplia bibliografía citada.

Ahora bien, las sanciones, medidas o procesos alternativos a la privación de la libertad que acaban de ser esbozados están en estrecha armonía con la intervención mínima del Derecho penal,²⁴⁷ es decir, con su carácter fragmentario y subsidiario. Sólo una afirmación del carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, al lado de tantos otros principios también relevantes (exclusiva protección de bienes jurídicos, ofensividad etc.) “ayudaría a consolidar el Estado de Derecho y a descriminalizar numerosos comportamientos hoy reprimidos por los códigos penales”.²⁴⁸

7. *Excursus*: La despenalización de las “infracciones de menor potencial ofensivo” en el Derecho brasileño y la elección del paradigma de la justicia criminal consensuada

SUMARIO: 7.1 Desde la Justicia criminal conflictiva hasta la Justicia criminal consensuada (espacio de consenso y espacio de conflicto) – 7.2 El “modelo consensual” como fuente de inspiración de la Ley 9.099/95 – 7.3 Delimitación legal del “espacio de consenso”: infracciones de menor y de mediano potencial ofensivo – 7.4 Los principios fundamentales del modelo consensual de Justicia criminal – 7.5 La ruptura con el modelo político-criminal paleorrepresivo – 7.6 Síntesis del “nuevo paradigma” de la Justicia criminal consensuada – 7.7 Las cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras de la Ley 9.099/95: aplicación inmediata y retroactiva – 7.8 El presente y el porvenir del modelo consensual brasileño de Justicia criminal y de las penas alternativas.

²⁴⁷ Cfr. BRICOLA, Prólogo al libro *El proceso despenalizador* de PERIS RIERA, p. VIII.

²⁴⁸ Cfr. MAIER, Política criminal, Derecho penal y procesal penal, *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, n. 1 a 4, 1978, p. 319, para quien: “No todo lo que desde el punto de vista de una concepción moral o de una ideología determinadas aparece como incorrecto merece pena ni todas las condiciones de convivencia social merecen ser consolidadas bajo amenaza de pena”.

7.1 Desde la Justicia criminal conflictiva hasta la Justicia criminal consensuada (espacio de consenso y espacio de conflicto)

7.1.1 – Existe un cierto consenso en torno a la idea de que la Justicia Criminal debe modernizarse para lograr, como sugiere la moderna Criminología, “un control razonable” de la criminalidad.²⁴⁹ Su extirpación, tal como pretendía el socialismo real, es una utopía, incluso porque, desde el punto de vista sociológico, es “normal” y, como lo reconocía Durkheim, ejerce una función “útil”.²⁵⁰ A la par de la inmensa gama de medios e instrumentos (políticos y criminales) que permiten la “respuesta jurídica” adecuada frente a cada conducta desviada –respuesta que debe ser simultáneamente “justa y útil”– se observa actualmente una fuerte tendencia metodológica a separar la “grande” de la “pequeña” y de la “mediana” criminalidad, es decir, la criminalidad de menor (y mediano) potencial ofensivo²⁵¹ de la criminalidad altamente reprochable (gran potencial ofensivo).²⁵²

²⁴⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, p. 930.

²⁵⁰ Véase: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 175. Sobre la “normalidad” y la “utilidad” de la criminalidad, véase: HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, p. 37 y ss..

²⁵¹ Esa tendencia metodológica fue acogida por la Constitución brasileña (art.98, I) y asimismo por la Ley 9.099/95. Referido artículo 98, I, determinó para las “infracciones de menor potencial ofensivo” no sólo la creación de “juzgados especiales” sino un procedimiento especial, permitiendo, además, la transacción penal (que constituye el núcleo de la Justicia consensuada). Sobre la llamada “criminalidad de bagatela” y los diversos instrumentos para combatirla cfr. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 23 y ss.; NEUMAN, *Mediación y conciliación penal*, p. 125 y ss.

²⁵² En Brasil podemos hoy clasificar las infracciones penales en: (a) menor potencial ofensivo – que integran el núcleo esencial de la Justicia consensuada; (b) mediano potencial ofensivo – para las cuales se admite la suspensión condicional del proceso; (c) gran potencial ofensivo – infracciones cuya sanción es la prisión; (d) crímenes “hediondos” o de extrema gravedad (regidos por una ley especial –Ley 8.072/90–, que prevé el cumplimiento integral de la pena, sin la posibilidad de progresión).

7.1.2 – Esto sugiere, en primer lugar, que le corresponde al ordenamiento jurídico prever para cada especie de criminalidad (bien delimitada) “reacciones” no sólo *cuantitativas* sino también *cualitativas* distintas, valiéndose de instrumentos y procesos,²⁵³ así como de procedimientos diferentes.²⁵⁴ Sugiere, asimismo, que a la par de un *nuevo* modelo de Justicia Criminal, se debe delimitar de manera cristalina el *espacio de consenso* (vinculado a la pequeña y mediana criminalidad) del *espacio de conflicto* (criminalidad grave).²⁵⁵ el “espacio de consenso” está orientado en primer lugar hacia la resocialización del autor del hecho y puede implicar, para respetar el principio de la autonomía de la voluntad, en un

²⁵³ La indiscutible “hipertrofia” del Derecho penal, particularmente después de los años 70, y la crisis de la justicia han provocado distintas reacciones legislativas: en el ámbito del Derecho penal se produce un gran movimiento de descriminalización y/o despenalización de aquellas infracciones de escasa lesividad (‘infracciones de masse’); en el ámbito del Derecho procesal las técnicas aceleradoras marchan por tres caminos: (a) consagración del sistema acusatorio puro; (b) potenciación del principio de oportunidad; (c) introducción de procedimientos monitorios y abreviados, en los que la aceptación del acusado se erige como medio de evitar el proceso o alguna de sus fases (cfr. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, p. 24). De entre los procedimientos abreviados, varios países de tradición continental coinciden ahora en adoptar determinadas fórmulas de ‘justicia negociada’ (Italia, Alemania y Portugal).

²⁵⁴ Una nota común en la mayoría de los ordenamientos procesales penales está representada por la búsqueda de mecanismos de simplificación de la justicia penal. Y ello se debe a la imperiosa necesidad de llevar a cabo una aceleración de la actividad procesal que solucione el profetizado y ya constatado colapso de la Administración de Justicia (cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, p. 17). Sobre los diversos medios de *accélération procédurale* en el entorno cultural europeo cfr. PRADEL, *Les systèmes comparés de justice criminelle: de la diversité au rapprochement, Nouvelles études pénales. Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochement. Comparative criminal justice Systems: from diversity to rapprochement*, 1998, p. 522, que menciona: “le classement sans suite”, la transacción, la ordenación penal, la simplificación del juicio, la conformidad, la *plea-bargaining*, el *patteggiamento* etc.

²⁵⁵ Véase en este sentido. ANDRADE (Manuel da Costa, *Consenso e oportunidade, Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, 1992, p. 334 y ss.). El llamado “espacio de consenso” es una idea inherente al paradigma del proceso de partes (*adversary system*) en el cual, como afirma DIEGO DíEZ, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal)*, p. 23, la Fiscalía, por un lado y, por otro, el acusado y su defensor son dueños del procedimiento con iguales derechos, mientras el Tribunal participa como espectador de la discusión procesal y finalmente decide sobre la imputación de culpabilidad. Sobre el vínculo que se puede establecer entre “espacio de consenso”, principio de oportunidad e infracciones “bagatelares” parece muy acertada la opinión de CONDE-PUMPIDO (apud LANZAROTE MARTÍNEZ, *La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva, RMF*, 1996, p. 175): “mientras la criminalidad más grave es el reflejo del conflicto social y debe pasar por soluciones impuestas que determinen y clarifiquen el conflicto, la criminalidad menor, con frecuencia no conflictiva, y constitutiva de hechos aislados y no repetibles en la vida del autor, debe conducir a

cierto tipo de “retroceso” (léase: uso voluntariamente limitado) de ciertos derechos y garantías fundamentales que le aseguran el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, como es el caso de la igualdad de oportunidades, de la verdad real, de amplia defensa, de libre contradicción, etc. Por otro lado, el “espacio de conflicto” está señalado por la contrariedad y el antagonismo, así como por el estricto respeto a todos los derechos y garantías fundamentales, a modo de ejemplo la presunción de inocencia, el proceso estricto, la verdad material, la libre contradicción, amplia defensa, recursos, etc.²⁵⁶

7.1.3 – En lo que concierne a la criminalidad pequeña²⁵⁷ o mediana, existe una clara preocupación, incluso a escala internacional, en hacer que el principio de intervención mínima²⁵⁸ se tome en su mayor amplitud. Y no

soluciones de consenso, que contribuyan a la no-estigmatización de quien, por la ocasión de su infracción, no es propiamente un delincuente”.

²⁵⁶ A partir de la extinción del Antiguo Régimen empieza la evolución del proceso penal que es fruto de un costoso esfuerzo por introducir en el proceso correspondiente una amplia gama de garantías (publicidad, eliminación de la tortura etc.), que son hoy expresión del llamado “principio del debido proceso” (*due process of law*). Sobre el origen del proceso conflictivo (tradicional), cfr. ARMENTA DEU, El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas, *Poder Judicial*, 1996, p. 54 y ss.

²⁵⁷ Las denominadas (en Brasil) infracciones de menor potencial ofensivo son las que podrían aproximarse al (“vago”) concepto de criminalidad de “bagatela”, que consiste en las acciones formalmente típicas que perjudican materialmente –*per se* o en el caso concreto– sólo en grado poco relevante el bien jurídico protegido. Como afirma ZIPF (*Introducción a la política criminal*, p. 102), “el tratamiento del injusto de bagatela es un problema complejo y no resultó hasta hoy satisfactoriamente por la Política criminal”. Provoca una carga excesiva a la justicia criminal (“un montón de menudencias”) y perjudica la persecución de los hechos graves. Fundamental, para la exposición que sigue, es la distinción entre “criminalidad insignificante” y “criminalidad de bagatela”. Se entiende que aquella podría no subsumirse en el tipo penal (es decir, en el concepto material de delito), interpretándolo restrictivamente, o se aplica el principio de adecuación social (cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 103-106). Cuanto a la criminalidad de bagatela la dificultad está en admitir una solución “penal” (sustancial) o “procesal”.

²⁵⁸ Véase GOMES (Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 82 y ss; véase también: ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, la Circular 1/1989 del Procurador General del Ministerio Público Español, FERNÁNDEZ ENTRALGO, Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988, *La reforma del proceso penal*, 1990, p. 15 y ss.; LUISI (Luiz, *Os princípios constitucionais penais*; CERVINI, *Os processos de descriminalização*, 1995. La conjugación del principio de mínima intervención penal con la división de los delitos (pequeña y gran criminalidad) “ha provocado que desde la perspectiva procesal se produzca un notable divorcio entre el enjuiciamiento de esta última, para la que se continúa precisando la vigencia de todas las garantías elaboradas a partir de finales del siglo

hay campo más propicio –de acuerdo con la opinión de autoridades en el tema– para las llamadas “penas o medidas alternativas”.²⁵⁹ La forma más difundida hasta la fecha de dar una respuesta a dichas reivindicaciones ha sido la vía procesal²⁶⁰ (en detrimento de la penal).²⁶¹ Más precisamente, se viene adoptando de forma amplia la vía del “consenso”²⁶² que implica el

XVIII, y la pequeña o mediana criminalidad, para la que se ofrece, en consonancia con la citada división, una triple alternativa: o bien se omite la exigencia de garantía jurisdiccional inherente al principio de legalidad; o bien, se remite para su tratamiento a otros órdenes como el civil o el administrativo (sanciones administrativas); o bien aún acudiéndose al proceso el menor reproche social de la conducta parece justificar una merma considerable de facultades y garantías” (cfr. ARMENTA DEU, *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, *Poder Judicial*, 1996, p. 56). En la primera alternativa están los denominados ADR (“Alternative Dispute Resolution”), que son métodos de decisión de conflictos para cuya resolución no se acude a las tradicionales fórmulas jurisdiccionales: conciliación, mediación y arbitraje; la segunda alternativa expresa una forma de descriminalización (parcial), retirándose del ámbito de lo penal la infracción; en la última son reconducibles las diversas formas “consensuales” de justicia criminal. En cuanto a la mediación cfr. NEUMAN, *Mediación y conciliación penal*, p. 60 y ss. y especialmente p. 107 y ss.

²⁵⁹ Respecto de estas penas y medidas alternativas que también merecieron la atención del IX Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente, véase JESUS (Damásio E. de, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, p. 17 y ss); véase también: *Alternativas à pena de prisão*, org. de Julita LEMGRUBER, *Anales*, 1994 y 1996; GOMES, Luiz Flávio, *Penas e medidas alternativas à prisão*, *passim*.

²⁶⁰ No sería muy adecuado afirmar que el delito, en el sistema consensual, “ya no parece necesitar del proceso para producirse” (ARMENTA DEU, *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, *Poder Judicial*, 1996, p. 56). En los países donde el legislador reguló detalladamente el sistema consensual, lo que ocurre es que existe un “nuevo” proceso debido. No se sigue el tradicional, pero tampoco sería adecuado suponer la inexistencia del proceso debido. Se puede cuestionar la merma de las garantías clásicas, pero no la existencia de un proceso, aunque distinto del tradicional.

²⁶¹ Austria (art. 42) constituye un ejemplo destacado de solución “penal” a las infracciones de menor entidad: ha incluido en la parte general del Código Penal el principio correspondiente. Por la solución “procesal” se inclina el derecho alemán, con las múltiples posibilidades de sobreseimiento (StPO, art. 153 y apartados 2 y 3) (cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 106-107, para quien mejor sería un procedimiento de acción penal privada de iniciativa del lesionado – p. 109; y con ello la exoneración de la persecución penal estatal respecto al injusto de bagatela es el precio de la efectividad de la tutela jurídico-penal – p.110). En la actualidad, de entre todas las posibilidades, ha sido la reparación a la víctima la modalidad que mayor fortuna ha tenido, pasando en Alemania de ser un proyecto y objeto de constante reivindicación por parte de sus defensores a regularse legalmente a partir de enero de 1995 en supuestos de delitos que estén castigados con penas iguales o inferiores a un año (cfr. ARMENTA DEU, “El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas” en *Poder Judicial*, 1996, p. 59, que añade: la sustitución, en su caso, de la pena por la reparación a la víctima se apoya, desde del punto de vista dogmático-penal en diversas teorías: desde las despenalizadoras, hasta las victimológicas, pasando por las resocializadoras, ya sea por estimar más adecuado indemnizar que penar, ya por incidir en una satisfacción de la víctima, ya por considerar que reparar contribuye a resocializar).

²⁶² Sobre la evolución de la política criminal retribucionista a la consensual cfr. NEUMAN, *Mediación y conciliación penal*, p. 45 y ss. La combinación entre el “principio de oportunidad” y la “negociación”, en supuestos “reglados” y cuando la lesión social es escasa, es una medida ya acogida legislativamente en el entorno cultural europeo (Portugal y Italia) y valorada positivamente

no-ejercicio de los tradicionales derechos fundamentales²⁶³ y asimismo el abandono de las formas clásicas de reacción, en pro de nuevas fórmulas alternativas.²⁶⁴

7.1.4 – Por lo tanto, en el ámbito de la criminalidad de menor (o mediano) potencial ofensivo, es posible hablar de un “Modelo Consensual de Justicia Criminal”²⁶⁵ que, como explica Figueiredo Dias, se debe llevar lo más adelante posible, mejorando la comunicación entre los sujetos y las

por un fuerte seguimiento de la doctrina española: así MORENO CATENA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, GIMENO SENDRA y VIVES ANTÓN, de entre otros; cfr. CAMPO MORENO, Prólogo al libro *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)* de DIEGO DíEZ, p. 20, nota 7. Según LANZAROTE MARTÍNEZ (La oportunidad como técnica de persecución punitiva, *RMF*, 1996, p. 172), “ha llegado el momento de someter a una profunda revisión los principios inspiradores de nuestro ordenamiento procesal penal, atenuándolos o flexibilizándolos, a fin de poder abordar eficazmente, desde nuevos puntos de vista y en todos sus componentes, el fenómeno social de la criminalidad”. Desde una distinta perspectiva, manifiesta “reservas” a la “justicia negociada” DE LA OLIVA SANTOS (Prólogo al libro *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, de AGUILERA MORALES, p. 9-10); en sentido crítico: AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, p. 151 y ss., especialmente pp. 162-165, donde señala que “si bien es cierto que la implantación de las soluciones autocompositivas en el seno del proceso penal pueden contribuir a resolver el problema de lentitud y atasco de nuestros Juzgados y Tribunales, lo es a costa de un ‘precio’ que más que excesivo resulta desorbitante: la desnaturalización del proceso penal y el sacrificio del régimen garantístico procesal”. Las mismas prácticas negociadoras pueden ser generadoras de determinados problemas: en un trato no igualitario, es posible que se resienta el rigor en la determinación de la pena correspondiente y también la finalidad de prevención general puede resentirse (cfr. BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, p. 270-271).

²⁶³ Sobre las críticas a los sistemas alternativos de resolución de conflictos penales cfr. ARMENTA DEU, *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, *Poder Judicial*, 1996, p. 58 y ss., especialmente p. 67.

²⁶⁴ En Brasil, antes de que se promulgara la Ley 9.099/95 que es nacional, en el Estado de Mato Grosso do Sul, desde 1990, por ley local, ya se utilizaba un modelo consensual de Justicia Criminal, en el que se aplicaban penas alternativas, sobre todo “canastas básicas” de alimentos: véase ROBALDO (José Carlos de Oliveira, Juizado Especial Criminal: experiência que deu certo, *RBCCrim*, n. 12, 1995, p. 118 y ss.).

²⁶⁵ Son diversos los factores que han motivado el desarrollo del modelo consensual de justicia criminal. De entre ellos está el fenómeno del exceso de criminalización (*overcriminalization*), que pone en duda la capacidad operacional de la Justicia frente a una demanda cada vez más incesante. La natural consecuencia de la abusiva criminalización consiste en el incremento de la selectividad de la actuación judicial. Descriminalización, despenalización, desjurisdiccionalización y *diversion* son, así, instrumentos que pretenden reducir la inflación penal. La justicia negociada surge en ese contexto como la última posibilidad de hacer frente a la referida demanda, para permitir la reacción a la llamada “microdelincuencia”, o sea, a la delincuencia urbana, visible; es un instrumento de lucha contra la inseguridad y puede tener en cuenta los intereses de la víctima (cfr. DELMAS-MARTY (coord.), *Procedure Penali d'Europa*, p. 584-585).

diferencias procesales.²⁶⁶ Aunque no se trata, como Costa Andrade²⁶⁷ bien señala, de una consensualidad absoluta –no hay forma de librar el proceso de toda coerción–, algo que no llegaría a ser incluso deseable. Lo cierto es que parece cada vez más plausible la posibilidad de consentir hasta con el deliberado retroceso en el uso de derechos constitucionalmente asegurados (como el de amplia defensa, la doble instancia jurisdiccional, la contradicción, etc.), ya sea en razón de la “autonomía de la voluntad personal” ya sea en razón de la defensa de otros intereses de su titular, o, en fin, sea en razón de la “doble” naturaleza de estos derechos fundamentales, que están pensados no sólo para los individuos sino también para la comunidad.

7.2 El “modelo consensual” como fuente de inspiración de la Ley 9.099/95

7.2.1 – La Ley 9.099/95 que rige en los Juzgados Especiales en lo Civil y en lo Penal, con vigencia para todo el territorio brasileño desde el 26 de noviembre de 1995, está muy inspirada en este modelo político criminal

²⁶⁶ Citado por ANDRADE (Manuel da Costa, Consenso e oportunidade, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, 1992, p. 325). Con el “consenso” en el ordenamiento jurídico portugués no se pretende que sea “únicamente fruto de una lógica de productividad y eficacia, sino también de la propia lógica de justicia. Está vinculado a la obtención del efecto de prevención general positiva o de integración con la aplicación de sanciones penales, a la mayor probabilidad de justicia de la decisión y asimismo al interés del acusado (...); no se pretende que el consenso sea sólo un instrumento de una justicia rápida y eficaz. Antes, se pretende fomentar el diálogo de las partes dentro del proceso; pero ello no significa que el proceso está enteramente en las manos de las partes; tampoco significa una consensualidad absoluta” (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, *RPCC*, 1996, p. 526 y ss.).

²⁶⁷ ANDRADE (Manuel da Costa, Consenso e oportunidade, *Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, 1992, p. 327).

“consensuado”.²⁶⁸ Ya en su artículo 2.º se enfatiza que el proceso, en las infracciones de pequeño y mediano potencial ofensivo (que la misma ley se encargó de delimitar) además de la sencillez, oralidad, economía procesal y celeridad, debe buscar siempre que sea posible la *conciliación* o la *transacción*.²⁶⁹ Lo que surge de este dispositivo legal, desde ahora, no es únicamente una innovadora manera de realizar el valor “justicia” sino, y sobre todo, que la “conciliación” (género) no es exactamente lo mismo que “transacción” (especie). La ley puntualiza estos dos caminos como los adecuados para alcanzar la celeridad, sencillez etc.

7.2.2 – El marco jurídico penal brasileño, tras la promulgación de la Ley 9.099/95, indudablemente es otro distinto. Los cambios que esta ley propició son indiscutibles. En las infracciones de menor potencial

²⁶⁸ Las ideas de celeridad y consenso no se limitan exclusivamente al ámbito de la pequeña y mediana criminalidad, pero, es en esta esfera donde su vínculo es más visible y encuentra su *locus* por excelencia (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, *RPCC*, 1996, p. 525). De todos modos, el sistema de justicia “pactada” en Brasil es muy singular porque tiene como fundamento el “nolo contendere” (cfr. GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 130), lo que implica que el acusado no asume culpa ni se discute su culpabilidad en el momento del consenso. Por tanto, es diferente del *guilty plea* anglosajón (confesión de culpabilidad), de la *plea bargaining* norteamericana (negociación en prácticamente todos los delitos llevada a cabo entre la Fiscalía y la defensa para obtener de éste una confesión de culpabilidad a cambio de ciertas ventajas) y asimismo de la *applicazione della pena su richiesta delle parti* (derecho italiano): sobre éstos últimos sistemas cfr. DIEGO DíEZ, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*, p. 23 y ss.; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, p. 27 y ss.; tampoco se identifica con el procedimiento sumarísimo portugués, en el cual el acusado asume culpa y acepta una determinada sanción (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, *RPCC*, 1996, p. 535).

²⁶⁹ “Diferentemente de la *plea bargaining*, la conciliación y la transacción brasileñas se asientan en un proceso de diálogo y el primer problema de esa ‘verdad consensual’ consiste en el acto de su aceptación, en las condiciones necesarias para que se pueda hablar de una aceptación racional (...); cuando es posible proceder a una discusión conjunta del problema, en estilo dialógico, se gana en información y se amplían los horizontes; se aumentan las oportunidades de encontrarse una decisión más justa y susceptible de superar la situación real subyacente incluso por quien es afectado por la sanción” (RODRIGUES, Anabela Miranda, Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, *RPCC*, 1996, p. 533-534). Sobre las distintas tipologías de *bargaining* (*sentence bargaining* –asunción de culpabilidad con disminución de pena–, *charge bargaining* –asunción de culpabilidad para que otra u otras acciones penales no sean ejercitadas– y la forma “mixta”) cfr. BROWN, Meriti e limiti del patteggiamento, *Il processo penale negli Stati Uniti D’America*, 1988, p. 132 y ss.

ofensivo,²⁷⁰ la *composición civil* (reparación de daños) llega al extremo de, por sí misma, extinguir la punibilidad (la pretensión punitiva estatal) siempre y cuando se trate de acción penal de iniciativa privada (de iniciativa del ofendido) o de acción penal pública condicionada a la representación –especial manifestación de la voluntad– de la víctima (art. 74, párrafo único).²⁷¹ El acuerdo homologado por el juez ocasiona la renuncia al derecho de queja o de representación. Y la renuncia, como se sabe, es causa extintiva de la punibilidad penal (Código Penal, art. 107, V).²⁷² En pocos casos incidiría esta “composición civil extintiva de la punibilidad” si esta misma ley no hubiera transformado la acción penal en los crímenes de lesión corporal dolosa leve y lesiones imprudentes de pública “incondicionada” en pública condicionada a la representación de la víctima. De esta manera, el ámbito de incidencia de la composición civil extintiva de la punibilidad fue extraordinariamente extendido; por ejemplo, todos los accidentes automovilísticos con lesión imprudente están bajo la égida de este nuevo régimen jurídico.²⁷³

7.2.3 – Conviene resaltar la gran transformación que provocó esta nueva “filosofía” político-criminal. La actividad jurisdiccional penal debería servir única y exclusivamente a los intereses vinculados con la pretensión punitiva estatal, pero la orientación ahora es otra: en los casos mencionados

²⁷⁰ Más adelante trataremos de la delimitación legal de este concepto, así como del alcance de la expresión infracción de mediano potencial ofensivo.

²⁷¹ El artículo tiene la siguiente redacción: “La composición de los daños civiles será reducida a escrito y, homologada por el Juez mediante sentencia irrecorrible, tendrá eficacia de título a ser ejecutado en el juicio civil competente. Párrafo único. Tratándose de acción penal de iniciativa privada o de acción penal pública condicionada a la representación, el acuerdo homologado implica la renuncia al derecho de queja o representación”.

²⁷² Con la siguiente redacción: “Se extingue la punibilidad... por la renuncia del derecho de queja o por el perdón acepto, en los crímenes de acción privada”.

²⁷³ Sobre la participación de la víctima en el moderno Derecho penal, véase: SERRANO MAÍLLO, *La compensación en Derecho Penal*, p. 241 y ss.; respecto a la relación entre el costo del delito y sus víctimas: SERRANO GÓMEZ, *El costo del delito y sus víctimas en España*, *passim*.

sobresalen los intereses de la víctima. La reparación del daño, en el caso planteado, es el *quantum satis* para la respuesta estatal. Se considera que sólo ella es suficiente para alejar la *necesidad* de cualquier sanción penal. Esto significa colocar el Derecho penal como *ultima ratio* del sistema. Si otras medidas menos drásticas se revelan adecuadas para el efecto preventivo, no debe incidir el Derecho penal. Es la aplicación subsidiaria de esta rama de la ciencia jurídica la que está en consonancia con la más actualizada doctrina internacional.²⁷⁴

7.2.4 – En la nueva ley, además de estar previsto un tratamiento jurídico distinto (despenalizador) para las infracciones de menor potencial ofensivo, se abren las puertas a una posible suspensión condicional del proceso (que no se confunde con el clásico “sursis” –suspensión de la ejecución–, y tampoco con la “probation”) en las infracciones de mediana gravedad (delitos cuya pena mínima no exceda un año). Y conviene señalar que la reparación del daño aparece como condición primera de esta suspensión. Una vez más, el sistema penal está preocupado con los intereses de la víctima. La pretensión punitiva estatal, por ende, en estas infracciones “menores” dejó de ser la meta principal. Se buscó atender con preponderancia otras expectativas engendradas por el hecho delictivo.²⁷⁵

7.3 Delimitación legal del “espacio de consenso”: infracciones de menor y de mediano potencial ofensivo

²⁷⁴ Véase: Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal: introducción*, p. 275 y siguientes.

²⁷⁵ Sobre el pobre marco de perspectivas que crea el sistema penal clásico véase: A. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 71 y ss.

7.3.1 – En conformidad con la decisión del legislador, las infracciones de menor potencial ofensivo (mencionadas en el artículo 98, I, de la Constitución Federal de 1988) figuran en el espacio de consenso, al igual que las de mediano potencial ofensivo. Infracciones de menor potencial, en los términos del artículo 61 de la Ley 9.099/95,²⁷⁶ son las “contravenciones penales y los delitos para los que la ley castiga con pena máxima no superior a un año, salvo en los casos en que la ley prevé procedimiento especial”. Todas las contravenciones penales (faltas), no importa cuál sea la pena o procedimiento, integran el “espacio de consenso” elegido por el legislador. En lo que respecta a los delitos, hay que tener en cuenta las dos limitaciones legales: 1.^a) *limitación cuantitativa*: se incluyen en el concepto de infracción de menor potencial ofensivo los delitos cuya pena máxima (conminada) no exceda de un año; se trata de la pena en abstracto, prevista en el tipo penal, no de la pena en concreto o en perspectiva; 2.^a) *limitación de procedimiento*: se excluyen los delitos que requieren procedimiento especial. A modo de ejemplo, podemos citar algunos procedimientos especiales que merecieron la salvedad de la ley: ley de prensa, ley de tóxicos (artículo 17), delitos contra el honor, etc. Esta criminalidad de menor potencial ofensivo que no se confunde con la de daño (lesividad) insignificante,²⁷⁷ tampoco se puede identificar con la criminalidad de mediano potencial ofensivo.

7.3.2 – De acuerdo con el texto legal mencionado, se caracterizan como de mediano potencial ofensivo los delitos en los que la pena mínima

²⁷⁶ El artículo tiene literalmente la siguiente redacción: “Se consideran infracciones penales de menor potencial ofensivo, para los efectos de esta Ley, las contravenciones penales y los crímenes a los que la ley conmine pena máxima no superior a un año, exceptuados los casos en que la ley contemple procedimiento especial”.

²⁷⁷ Véase: MAÑAS, Carlos Vico, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, *passim*.

conminada es igual o inferior a un año (cfr. artículo 89). Se llega a esta conclusión porque respecto a estos delitos se estableció una nueva vía de reacción estatal, es decir, la *suspensión condicional del proceso*. Hay que resaltar que la ley hizo uso de la pena conminada, no de la pena concreta o en perspectiva. Circunstanciales causas de incremento o disminución se deben tomar en cuenta de forma abstracta para el efecto de la incidencia en la ley. En lo que concierne a la tentativa, la reducción máxima (de dos terceras partes) es lo que vale.

7.3.3 – Las infracciones que se acaban de señalar forman parte del ámbito del “consenso”, lo que equivale a decir que autorizan una solución de conciliación para el conflicto, aplicándose penas o medidas alternativas. Se nota la diferencia con la tradicional forma de juzgar tales infracciones, que requería siempre investigación policial, formal y obligatoria acusación, proceso, pruebas, contradictorio, sentencia, recurso, etc. Tuvo suma importancia para este cambio político-criminal tan fuerte el hecho de que se esté reconociendo la insuficiencia (e incluso la quiebra) del sistema penal clásico (así como del modelo clásico de Justicia Criminal)²⁷⁸ que no reúne condiciones para poder afrontar, con su actual estructura y organización, todas las infracciones. Ya no se cree en el “*full enforcement*”.

7.4 Los principios fundamentales del modelo consensual de Justicia criminal

²⁷⁸ Véase: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, p. 70 y ss.

7.4.1 – El modelo consensual instituido por la Ley 9.099/95 tiene sus raíces en tres principios fundamentales: 1.º) principio de oportunidad reglamentada;²⁷⁹ 2.º) principio de la autonomía de la voluntad; y 3.º) principio de la no-necesidad de la pena de cárcel. Para poder establecer el modelo consensual de Justicia Criminal, como se puede notar, en primer lugar el legislador escogió la vía procesal (principio de oportunidad).²⁸⁰ Esto significa que, para que pueda haber consenso o conciliación, es absolutamente necesario que el Ministerio Público renuncie a la vía procesal clásica que se rige por el principio de la obligatoriedad.²⁸¹ En segundo lugar, del imputado se espera que renuncie al correspondiente proceso legal clásico (contradictorio, pruebas, recursos etc.) a cambio de algunos beneficios importantes (se evita el proceso, las ceremonias degradantes, la sentencia, el rol de culpables, la reincidencia etc.). En tercer lugar, al Estado se le quita la forma de reacción clásica que es el encarcelamiento, propiciando la aplicación de medidas o penas alternativas,

²⁷⁹ Serían “notas características” del principio de oportunidad reglada según LANZAROTE MARTÍNEZ (La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva, *RMF*, 1996, p. 177 y ss.) las siguientes: (a) debe venir siempre referido a facultades y límites en la actuación del órgano de acusación pública en el ámbito del proceso; (b) esa facultad de abstención en el ejercicio de la acción penal atribuida al Fiscal viene limitada por la concurrencia de determinados presupuestos y requisitos; (c) la actuación del principio de oportunidad debe venir referido al momento inicial del proceso, a la facultad de no instar el comienzo del mismo, por cuando consiste en la posibilidad atribuida al órgano de la acusación pública de no ejercitar la acción iniciadora de aquel, eliminando así de raíz la persecución penal; (d) los presupuestos y requisitos anteriormente referidos han de estar expresamente contemplados en la Ley. Aún sobre el principio de oportunidad cfr. NEUMAN, *Mediación y conciliación penal*, p. 96 y ss.

²⁸⁰ No son pocos los autores que han estado denunciando, como vicio del sistema, la utilización en la práctica de una oportunidad subrepticia o encubierta, tanto por parte de la Policía, como por Jueces y Fiscales; cfr. MORENO CATENA, CONDE-PUMPIDO FERREIRO y PEDRAZ PENALVA, citados por CAMPO MORENO, en el Prólogo al libro *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*, de DIEGO DÍEZ, p. 19. En el mismo sentido, pero, con relación a América Latina: GRINOVER (Ada Pellegrini, *Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina; Argentina, Brasil e código modelo para Ibero-América*, *Revista de Processo*, 1990, p. 133). Sobre las *informelle Absprachen*, cfr. DELMAS-MARTY (coord.), *Procedura penali d'europa*, p. 596-597; BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, p. 146 y ss.

²⁸¹ Sobre los riesgos derivados del principio de legalidad cfr. ARMENTA DEU, *El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas*, *Poder Judicial*, 1996, p. 64 y ss.

tales como multa, prestación de servicios a la comunidad, reparación de daños en favor de la víctima y otras de esta clase. Cada uno de los implicados en la persecución penal debe abdicar de una parcela de sus derechos tradicionales. Se trata, por lo tanto, de un nuevo sistema,²⁸² y no sencillamente de un nuevo procedimiento, pues, indudablemente, privilegia a la víctima (reparación de los daños), a la vez que favorece la resocialización del infractor por otras vías alternativas distintas del encarcelamiento. Se busca no estigmatizarlo, ya sea por el proceso penal en sí mismo, ya sea por la condena. También se incluye el irrefutable deseo de desburocratizar la Justicia Criminal.

7.4.2 – Principio de oportunidad o discrecionalidad reglamentada. La regla en el sistema jurídico brasileño continúa siendo el principio de legalidad procesal (obligatoriedad). Excepcionalmente, por lo tanto, en algunos casos previstos taxativamente por la ley (y aún bajo el control judicial) el Ministerio Público puede disponer de la *persecutio criminis* para proponer alguna medida alternativa. Esto se conoce como principio de

²⁸² Así, CERNICCHIARO (Luiz V., Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 – Algumas observações, *RBCCrim* n. 13, 1996, p. 120 y ss.). Dos sistemas de proceso penal se rivalizan en las sociedades modernas: el angloamericano (proceso de partes) y el continental europeo (sistema acusatorio formal o “mixto”, que se caracteriza en el desdoblamiento de las funciones acusatorias y decisorias a órganos distintos). Si el sistema procesal penal europeo se encuentra hoy en plena transformación – cfr. DIEGO DIEZ, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*, p. 25– es justamente porque los dos tradicionales sistemas ya empiezan a influenciarse reciprocamente. Y esta es la situación actual en Brasil: mientras el proceso penal tradicional se aproxima al segundo sistema, el modelo “consensual” previsto para las infracciones de menor potencial ofensivo se acerca al primero, si bien que con características y peculiaridades que permiten señalar su singularidad. El consenso en el sistema brasileño sólo está permitido para infracciones de menor entidad y, además, no significa reconocimiento de la culpabilidad.

oportunidad reglamentada²⁸³ o, como dice Ada Pellegrini Grinover,²⁸⁴ *discrecionalidad reglamentada o controlada*.

7.4.3 – Se debe aclarar que el principio de oportunidad (o disponibilidad) es el que rige la acción penal exclusivamente privada. El ofendido o su representante legal pueden disponer de la acción privada de diversas maneras: renuncia, decadencia o perdón. En lo que concierne a la acción penal pública, como ya se ha señalado, vale el principio opuesto, es decir, el de legalidad procesal (u obligatoriedad). La Ley 9.099/95 rompió la rigidez de este principio tan tradicional en el sistema brasileño, siguiendo

²⁸³ Véase: FERNÁNDEZ ENTRALGO. Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988, *La reforma del proceso penal*, 1990, p. 32. Sobre el principio de oportunidad en la legislación alemana y española cfr. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 43 y ss.; GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 43 y ss. Sobre el estado actual de la polémica relacionada con el principio de oportunidad cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva, *RMF*, 1996, p. 190 y ss., para quien “no cabe duda que su implantación si se produce con el debido control jurisdiccional, produciría provechosos beneficios en aras a la eficacia y celeridad de la Administración de Justicia, y el afectar a hechos típicamente de escasa trascendencia, eliminaría los conocidos riesgos de las penas cortas privativas de libertad, cuando así lo aconseja el derecho del perjudicado y la satisfacción del interés social”. El fundamento del principio de oportunidad, como advierte GIMENO SENDRA (*Derecho procesal: proceso penal*, p. 56-57), no hay que encontrarlo en la ‘lenidad’ ni en la ‘arbitrariedad’, sino en razones de utilidad pública o interés social, como: (a) la escasa lesión social del delito y la falta de interés en la persecución penal; (b) el estímulo a la pronta reparación a la víctima; (c) el evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad; (d) el obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de readaptación. Aún sobre el principio de oportunidad reglada: DELGADO BARRIO, “El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados)” en *Actualidad penal*, 1990, p. 147 y ss. (que prefiere llamarlo “principio de selección reglada”). Contra el principio de oportunidad cfr. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, p. 77 y ss., para quien supondría la desvirtuación del Derecho penal material por medio del proceso. Para una crítica a la expresión “oportunidad reglada” cfr. DE LA OLIVA SANTOS et alli, *Derecho procesal penal*, p. 22. Con relación al reconocimiento del principio de oportunidad por el Código Penal de 1995 cfr. GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*, p. 133 y ss.

²⁸⁴ GRINOVER (Ada Pellegrini, *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*, p. 403). Cfr. también: GRINOVER, Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina; Argentina, Brasil e código modelo para Ibero-América, *Revista de Processo*, 1990, p. 132, que señala que la reforma del proceso penal en América Latina ha procurado preservar el principio de legalidad, pero, con mitigación, por medio del principio de discrecionalidad reglada, que es preferible al principio puro de oportunidad: en los casos expresamente previstos en la ley y con el control judicial la acción penal puede no ser iniciada.

lo que ya está contemplado en el derecho extranjero.²⁸⁵ Ahora, el Ministerio Público puede “disponer” de la acción penal pública (incondicionada o condicionada), en algunos casos taxativamente previstos por ley. Justamente porque la disponibilidad es taxativa se habla de discrecionalidad reglamentada o controlada y también de “legalidad mitigada”. Por otra parte, está reglamentada y controlada también en razón de encontrarse bajo control judicial. El Ministerio Público no podrá, por razones de oportunidad, simplemente “renunciar” a la acción penal pública ni tampoco ordenar que se archive cualquier expediente. Al inicio de la fase procesal de la “persecutio criminis” tendrá que actuar (en realidad, de acuerdo con parámetros alternativos), excepto en el caso de que se trate de acción penal pública condicionada, de la competencia del Juzgado Criminal, cuando haya ocurrido una “composición civil”. En este supuesto, debido al art. 74, párrafo único, resultará extinguida la punibilidad.

7.4.4 – Hay, por lo tanto, que distinguir los casos. En el ámbito del Juzgado Especial Criminal (que tiene competencia para conocer y juzgar las infracciones penales de menor potencial ofensivo), cuando se trata de

²⁸⁵ Así ocurre en Alemania, Código de Procedimiento Penal, art. 153a; el “plea bargaining” norteamericano; el CPP de Panamá tras la Reforma de 1987, la Recomendación R (87) 18 del Consejo de Europa; el CPP de Portugal, artículo 281; el procedimiento directo del CPP italiano; la Ley 24.316/94 de Argentina y otras (véase: GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 48 y ss.). Con relación a las experiencias consensuales de Derecho comparado: cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, p. 20 y ss. La Recomendación núm. R (87) 18, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros, sobre *La simplificación de la justicia penal* (cfr. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 15 de febrero de 1989, núm. 1.518, p. 713 a 722), se divide en tres apartados dedicados a los siguientes temas: 1) La oportunidad en el ejercicio de la acción penal (‘opportunité des poursuites’); 2) Procedimientos sumarios, transacciones y procedimientos simplificados; y 3) Simplificación del procedimiento jurisdiccional ordinario; A) Instrucción antes de la vista y durante la misma; B) Procedimiento de la vista del juicio oral; C) Actas de la vista y pronunciamiento simplificado de las decisiones judiciales; y D) Composición y especialización de los órganos sentenciadores. Para una visión más amplia de la Recomendación, cfr. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, p. 49 y ss. Sobre el principio de oportunidad en el derecho comparado: cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, *La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva*, *RMF*, 1996, p. 185 y ss.

acción penal pública condicionada (o privada), la composición civil, tras haber sido homologada “implica la renuncia al derecho de representación (o de queja) (art. 74, párrafo único). En este supuesto, el Ministerio Público estará impedido de actuar, aunque se trate de una acción penal pública (condicionada). La composición civil significa renuncia a la representación y, sin ella, el Ministerio Público no puede instar la acción penal. Sin tal condición de procesabilidad es imposible la acción. Por otra parte, desde el punto de vista penal, la renuncia implica la extinción de la punibilidad, en los términos del art. 107, V, del Código Penal. Conforme lo entiende el legislador, la composición civil es el “*quantum satis*” como respuesta por la infracción cometida. Por sí misma, ella nos muestra que es innecesaria la intervención de vía penal. Estamos aquí ante el primer proceso despenalizador previsto en la Ley 9.099/95.

7.4.5 – Todavía en el ámbito del Juzgado Especial Criminal, ya sea tratándose de la acción penal pública incondicionada o de la acción penal pública condicionada en que haya habido representación (por no haber sido posible la composición civil), el Ministerio Público tendrá que actuar (en realidad proponiendo sanción alternativa), siempre y cuando haya “*fumus boni iuris*”, es decir, justa causa que justifique una respuesta estatal penal. No tiene vigencia, por lo tanto, el principio de oportunidad en su sentido más cristalino. Por razones de oportunidad, el Ministerio Público no puede simplemente requerir que se archive o dejar de actuar.

En los dos casos expuestos, de todos modos, la ley prevé la posibilidad de imponer sanción penal, pero jamás la privación de libertad (art. 72).²⁸⁶ Será

²⁸⁶ El artículo tiene la siguiente redacción: “En la audiencia preliminar, presente el representante del Ministerio Fiscal, el autor del hecho y la víctima y, si posible, el responsable civil, acompañados por sus abogados, el Juez aclarará sobre la posibilidad de la composición de los daños y de la aceptación de la propuesta de aplicación inmediata de pena no privativa de libertad”.

siempre una sanción alternativa (pena restrictiva de derechos o multa; y si el tipo penal conmina exclusivamente con pena de multa, el juez podrá reducirla hasta la mitad (art. 76, párrafo 1.º).²⁸⁷ En suma, el Ministerio Público cuando hace la propuesta alternativa está actuando en defensa de la tutela de bienes jurídicos, pero su poder no llega hasta el extremo de permitirle renunciar íntegramente a cualquier respuesta estatal. Esto se llama “oportunidad reglamentada”.

7.4.6 – Al tratarse de acción penal pública, lo corriente sería que el Ministerio Público, de inmediato, ofreciera denuncia (si no es el caso de que se archive). Pero innovando completamente el ordenamiento jurídico, el art. 76 dispone que el Ministerio Público podrá proponer que se aplique inmediatamente la pena restrictiva de derechos o multas (sic), que será detallada en la propuesta. En lugar de la tradicional acción penal, en la etapa preliminar del nuevo procedimiento del Juzgado Criminal, le corresponde a la parte acusadora formalizar propuesta para aplicación inmediata de pena que no prive la libertad. Como la respuesta penal no será la privación de libertad, por supuesto, estamos ante otra vía despenalizadora.

7.4.7 – La propuesta del Ministerio Público, si bien no necesita los requisitos de la denuncia (CPP, art. 41),²⁸⁸ también porque la ley tiende a la informalidad, celeridad, economía procesal etc., debe, por lo menos, delimitar (aunque de forma sencilla) los hechos que propiciaron la

²⁸⁷ Con la siguiente redacción: § 1.º “En las hipótesis de ser la pena de multa la única aplicable, el Juez podrá reducirla hasta la mitad”.

²⁸⁸ El artículo tiene la siguiente redacción: “la denuncia o queja contendrá la exposición del hecho criminoso, con todas sus circunstancias, la cualificación del acusado o esclarecimientos por los cuales se pueda identificarlo, la clasificación del crimen y, cuando necesario, el rol de testigos”.

respuesta estatal. Esto es relevante para el efecto de que se constate la tipicidad, el “*fumus boni iuris*”, posible litispendencia, cosa juzgada, etc. En la propuesta debe, igualmente, constar la clasificación jurídica de los hechos y la penalidad que el organismo de acusación considera justa en este caso concreto. Vale señalar que el artículo 76 requiere que la propuesta “especifique” la pena que será aplicada inmediatamente, siempre y cuando haya sido aceptada por el imputado.

7.4.8 – Esta propuesta se deberá hacer en audiencia. Más precisamente en audiencia preliminar, de acuerdo con lo previsto en el art. 72. En tal acto, presentes el representante del Ministerio Público, el autor del hecho y la víctima, y si fuese posible, el responsable civil, acompañados de sus correspondientes abogados, el juez explicará que existe la posibilidad de composición de los daños y también hablará sobre la aceptación o consentimiento con la propuesta de aplicación inmediata de pena que no prive de libertad. De esta forma, el legislador trazó un procedimiento de manera muy directa, prácticamente como sucede –desde el punto de vista formal– en el derecho italiano con la “aplicación de la pena a instancia de las partes”.²⁸⁹ Sin embargo, se nota que no corresponde exactamente a la

²⁸⁹ Véase: BUONO, Carlos Eduardo y BENTIVOGLIO, Antonio Tomás, *A reforma processual penal italiana. Reflexos no Brasil: novos institutos processuais, procedimentos e ritos abreviados, a influência anglo-saxônica*, p. 85 y ss. Con el objetivo de obtener la máxima celeridad del proceso penal el *Codice di Procedura Penale* italiano de 1988 prevé distintas categorías de procedimientos penales simplificados (Libro VI, parte 2.^a): juicio abreviado, aplicación de la pena a petición de las partes, juicio directo, juicio inmediato y el procedimiento por decreto. El *giudizio su richiesta delle parti* presupone un acuerdo (*patteggiamento*) entre el acusado y el Ministerio Fiscal, sobre el procedimiento y sobre la pena; la aplicación de la pena a instancia de las partes determina la inmediata conclusión del juicio y elimina la apelación; es un procedimiento orientado por el principio de oportunidad y por la transacción (*patteggiamento*); es definida como “*patteggiamento sulla pena*”, pese a que indirectamente tenga importancia también sobre el procedimiento; en consecuencia del acuerdo son aplicables tanto las sanciones sustitutivas, incluida la semidetención, cuanto las penas pecuniarias y privativas de libertad (cfr. DIEGO DíEZ, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*, p. 124 y ss; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, p. 121 y ss.; DELMAS-MARTY (coord.), *Procedure penali d'Europa*, p. 601 y ss.; AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, p. 39 y ss; BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, p. 150 y ss.; COVINO,

“plea bargaining” norteamericana²⁹⁰ ni tampoco al procedimiento por orden penal²⁹¹ o a la conformidad del derecho español²⁹² o aún al principio de

“*Patteggiamento*” e *giudizio abbreviato*, p. 7 y ss; STEFANI, *La difesa attiva nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento*, p. 4 y ss; MACCHIA, *Il patteggiamento*, p. 1 y ss.; GIUSTOZZI et alii, *Manuale pratico del nuovo processo penale*, p. 632 y ss.). Para una visión crítica del sistema penal consensual, cfr. PISANI, “*Italian style*”: *figure e forme del nuovo processo penale*, p. 91-92.

²⁹⁰ La *plea bargaining* se estructura enteramente en el modelo de proceso de partes (*adversary system*), donde se exalta la autonomía de la voluntad. La negociación entre el *prosecutor* y el imputado es ampliamente admitida y se ha convertido en el modo más frecuente de solución de los conflictos penales en Estados Unidos; es la alternativa al *jury trial*; en la base del sistema está el poder dispositivo de las partes, permitiéndose al órgano de acusación la renuncia a la pretensión punitiva estatal y al imputado la admisión de la culpa (*guilty plea*); el Ministerio Fiscal conduce la negociación en secreto, sin dejar vestigio alguno de cuanto en ella se dice; es aquí donde radica el mayor peligro de abuso: el riesgo está en la posibilidad del Ministerio Fiscal conducir el acuerdo prácticamente sin control, porque el juez en general se comporta formalmente acerca de la *intelligence*, *voluntariness* y *factual basis* de la *plea* (cfr. DIEGO DíEZ, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*, p. 31 y ss., especialmente p. 75-78; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, p. 29 y ss.; DELMAS-MARTY (coord.), *Procedure penali d'Europa*, p. 594 y ss.; AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*, p. 25 y ss; BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*, p. 95 y ss.; ALMAGRO NOSETE et alii, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, p. 153 y ss; HENDLER, *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, p. 198-199. En un sistema procesal que tiene como fundamento el poder dispositivo de las partes y que asiste a la explosión de los hechos delictivos, sin capacidad para contener el *input* de la demanda, es natural el creciente uso de la *bargaining* (cfr. AMODIO, *Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana, Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, 1988, p. XLI). Sobre las críticas al sistema consensual norteamericano: cfr. BROWN, *Meriti e limiti del patteggiamento, Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, 1988, p. 140 y ss. Con relación a la problemática de la renuncia a las garantías fundamentales (renuncia al *jury trial*, a la *cross-examination*, al derecho de prueba, al *privilege against self-incrimination* etc.) cfr. FANCHIOTTI, *Spunti per un dibattito sul plea bargaining, Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, 1988, p. 285 y ss. Es un sistema, por tanto, que puede prestarse al abuso: cfr. DALEY, *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattimento, Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, 1988, p. 152 y ss. Pero, si conducido de manera apropiada y correcta puede permitir una solución justa para el caso concreto (*idem*, ob. ult. cit., p. 175).

²⁹¹ El procedimiento por orden penal (*Strafbefehlsverfahren*, *ordonnace pénale*, *giudizio per decreto penale di condanna*) tiene como característica fundamental el hecho de que el juez, a petición del Ministerio Fiscal, pronuncia sentencia penal condenatoria, sin la previa audiencia oral del acusado, que después puede aceptar o no la sanción impuesta *in alidita altera pars*. La diferencia con el procedimiento sumarísimo portugués radica en la indispensabilidad del acuerdo del acusado, razón por la cual aquí estamos delante de una otra forma de justicia consensuada (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, *Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, RPCC*, 1996, p. 535). Con el procedimiento sumarísimo lo que se pretende es evitar la estigmatización del acusado –derivada sea del proceso, sea de la prisión– y que la pequeña y mediana criminalidad sea sancionada con penas sustitutivas en un procedimiento simplificado y acelerado y que respete las garantías de defensa (cfr. RODRIGUES, Anabela Miranda, *Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal, RPCC*, 1996, p. 538-539). Véase aún: GÖSSEL, *Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán, Revista Justicia*, 1985, p. 888 y ss.

²⁹² Sobre la conformidad en el proceso penal español cfr. AGUILERA MORALES, *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*; PUENTE SEGURA, *La conformidad en el*

oportunidad reglada del derecho alemán.²⁹³ No se trata del famoso instituto norteamericano, porque la conciliación se concretiza en la audiencia, ante el juez.²⁹⁴ Las partes no celebran cualquier acuerdo fuera de la audiencia (extrajudicial), y el juez tampoco se limita a homologarlo. Todo se lleva a cabo en audiencia a causa de la oralidad. Ésta es la que asegura la inmediación del juez y la publicidad. Por otra parte, el juez siempre controlará si el consentimiento por parte del imputado ocurre con total libertad y conciencia. El juez es el que explica y aclara respecto de la aceptación de la propuesta. El Ministerio Público no puede entablar ninguna negociación fuera de la audiencia, sin que el juez esté presente.²⁹⁵

7.4.9 – No se trata, por otro lado, del procedimiento por orden penal, porque en éste el juez, lo primero que hace, al acoger la petición del Ministerio Público, es dictar la sanción. Luego, intima al autor del hecho

proceso penal español; BUTRÓN BALIÑA, *La conformidad del acusado en el proceso penal*; ALMAGRO NOSETE, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, p. 139 y ss., para quien la institución de la conformidad del acusado entendida como medio exclusivo de descongestionar el funcionamiento de la administración de la justicia penal carece de justificación intrínseca (op. cit., p. 157-158). Véase aún: RODRÍGUEZ GARCÍA, *El consenso en el proceso penal español*, p. 53 y ss.; GÓMEZ COLOMER, *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*, p. 165 y ss.

²⁹³ Cfr. sobre el principio de oportunidad en la Ordenanza procesal penal de Alemania ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 43 y ss.; ALMAGRO NOSETE, *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, p. 155 y ss.; GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 48 y ss.; GÓMEZ COLOMER, *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*, p. 47-48; GÖSSEL, Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán, *Revista Justicia*, 1985, p. 882 y ss.

²⁹⁴ Una de las más contundentes críticas al sistema de la *plea bargaining*, especialmente hasta 1968, consistía precisamente en la posibilidad del acuerdo “oculto” (*under-the-table*): cfr. BROWN, Meriti e limiti del patteggiamento, *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*, 1988, p. 137. En el sistema brasileño, la negociación debe ser *over-the-table*, es decir, en presencia del juez.

²⁹⁵ Si los procedimientos “negociados” aspiran asumir la posición de alternativa penal y procesal deben ser presididos por garantías auténticas. Por ello, no se trata de revestirlo de un control puramente formal por el juez acerca de la legalidad del resultado del acuerdo, sino de garantizar el control durante todo el *iter* de la negociación. En su ausencia hay el riesgo de que los procedimientos negociados no pasen –en la era de la *deregulation* y del neoliberalismo– de la introducción de la economía de mercado en la administración de la justicia penal (cfr. DELMAS-MARTY (coord.), *Procedure penale d'Europa*, p. 612).

que puede aceptar o rechazar la sanción ya dictada. En el sistema brasileño, antes de fijar la sanción el juez tiene que oír al autor del hecho y a su abogado. Si hay consentimiento, todo será sometido a la apreciación del juez (art. 76, párrafo 3.º).²⁹⁶ La conciliación de las partes, como se nota, no es un acto de “causación” sino de postulación.²⁹⁷ La última palabra la tiene el juez. Al principio de oportunidad en el derecho brasileño se le llama “oportunidad reglamentada”, como ya se dijo, incluso porque está bajo el control judicial.

7.4.10 – Tras haber sido hecha la propuesta para aplicar inmediatamente la pena, el juez explicará el tema del consentimiento. Si se produce tal aceptación por parte del autor del hecho y de su abogado, esto significará admitir una solución conciliatoria para el conflicto penal.

En sentido de naturaleza jurídica, por fin, lo que ocurre en el consentimiento es la conformidad penal, algo parecido a lo que pasa en el sistema español.²⁹⁸ El autor del hecho está conforme con la propuesta del Ministerio Público y esto propicia la aplicación inmediata (directa) de la sanción. Pero cuando el autor del hecho se conforma con la sanción, en este justo momento está habiendo transacción porque está renunciando al ejercicio de diversos derechos y garantías fundamentales. El Ministerio Público debe disponer acerca de la pretensión punitiva estatal (pena de cárcel o multa íntegra) estipulada, ya que el imputado debe disponer sobre

²⁹⁶ El texto legal citado tiene la siguiente redacción: § 3.º “*Aceptada la propuesta por el autor de la infracción y su defensor, será sometida a la apreciación del Juez*”.

²⁹⁷ Véase: PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, p. 76 y ss.

²⁹⁸ Véase: L. PUENTE SEGURA, *La conformidad en el proceso penal español*, op. cit. p. 45 y ss.

algunos derechos y garantías fundamentales. En esto consiste la transacción que resulta de una conformidad.

7.4.11 – Esta conformidad “penal” (que implica derechos y garantías fundamentales, así como el consentimiento con que se aplique inmediatamente una “pena” que, sin embargo, no tiene los mismos efectos que la “pena clásica”) no se puede confundir con la conformidad exclusivamente procesal que ocurre en la suspensión condicional del proceso (art. 89).²⁹⁹ Por otra parte, la conformidad penal puede ser sencilla o compleja. En la conformidad sencilla el autor del hecho acepta, en su totalidad, la propuesta del Ministerio Público (que jamás puede ser pena de cárcel) y no discute nada (“*tollitur quaestio*”). En el segundo caso, o sea, en la conformidad compleja, en un primer momento, el autor del hecho puede creer que la propuesta es excesiva, y nada le impide hacer una contrapropuesta. En este momento tiene inicio una conciliación compleja, ante la presencia del juez (en audiencia). En ambas formas de conformidad se produce una transacción, puesto que ambas partes (Ministerio Público y autor del hecho) están renunciando a algo: el primero a la pretensión punitiva clásica del Estado, el segundo a una parte de sus derechos y garantías fundamentales.

7.4.12 – ¿Sería posible esta transacción desde el punto de vista legal y constitucional? En el Derecho brasileño, indiscutiblemente sí. A nivel

²⁹⁹ La suspensión condicional del proceso en Brasil tiene origen en el instituto portugués de la suspensión provisional del proceso. Sobre esta última cfr. DIEGO DÍEZ, *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*, p. 185 y ss; RODRÍGUEZ GARCÍA, *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, p. 213 y ss; GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 56 y ss.; PIMENTA (José da Costa, *Introdução ao processo penal*, p. 130-131). Y el origen de la suspensión provisional del proceso está en derecho procesal alemán (StPO, artículos 153 y 154): cfr. GOMES, Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a*

infraconstitucional, el artículo 2.º de la Ley 9.099/95 regula la transacción.³⁰⁰ Este artículo trata de la conciliación y de la transacción. Conciliación es un género que abarca la composición civil y la transacción (ésta derivada de la conformidad del autor del hecho). En un nivel constitucional, la base de la transacción consta de dos artículos: 98, I, es el que la autoriza, en los casos previstos por ley; conviene, además, mencionar el art. 129, I, que dice: “Son funciones institucionales del Ministerio Público: I – *promover privativamente la acción penal pública en la forma de la ley*” (el subrayado es nuestro). El ejercicio de la acción penal pública se realizará de acuerdo con los contornos que la ley proporciona. Las bases constitucionales del principio de oportunidad figuran en el art. 98, I (en lo relativo a las infracciones del Juzgado Especial Criminal), así como en el art. 129, I, de la Constitución Federal, en lo que concierne a suspensión del proceso (el Ministerio Público, según dice el último dispositivo, ejercerá la acción penal pública privativamente, *en los términos de la ley*). Es la ley, en última instancia, la que establece la actuación del Ministerio Público. Se nota que el orden jurídico, de esta forma, no sólo constituye objeto de su actuación (cfr. art. 127)³⁰¹ sino también su límite. Al mismo tiempo que es objeto de su defensa, preside cualquier actuación suya.³⁰² Todos los poderes públicos están sometidos al imperio de la

perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal, p. 48 y ss.; ARMENTA DEU. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 92 y ss.

³⁰⁰ El artículo citado tiene la siguiente redacción: “El proceso se orienta por los criterios de la oralidad, simplicidad, informalidad, economía procesal y celeridad, buscando, siempre que posible, la conciliación o la transacción”.

³⁰¹ Con la siguiente redacción: “El Ministerio Fiscal es institución permanente, esencial a la función jurisdiccional del Estado, le incumbiendo la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales no disponibles”.

³⁰² MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*, p. 124.

legalidad, pues esto es lo que caracteriza al Estado de Derecho. Sin embargo, primordialmente, el Ministerio Público constituye el organismo diseñado constitucionalmente para actuar en defensa del orden jurídico.

7.4.13 – Ante lo expuesto, no se puede afirmar que en el Juzgado Especial Criminal esté presente el principio de la oportunidad en su sentido puro. La ley suavizó la intensidad de la respuesta estatal (en lugar de encarcelamiento aparece otra pena alternativa), pero no le permitió al Ministerio Público renunciar a esta vía alternativa. Al estar presentes los resguardos legales, el organismo de acusación tiene que actuar. No puede, por razones de oportunidad, dejar de formalizar la propuesta. El poder proponerla (art. 76), como se nota, no significa un poder puro, es un “poder-deber”. Este poder-deber, además, tiene doble significado: en primer lugar, el Ministerio Público no puede dejar de formalizar la propuesta por razones de oportunidad; y en segundo lugar, no puede dejar de formalizarla cuando se reúnen los requerimientos legales, pues si ocurre este último el autor del hecho adquiere un derecho subjetivo.

7.4.14 – Si no hubiera consentimiento respecto a la propuesta de aplicación de pena inmediata (art. 76), el Ministerio Público ofrecería denuncia oral. Una vez más estamos frente al principio de legalidad procesal (u obligatoriedad). Estando presente la justa causa (“*fumus boni iuris*”), el organismo de acusación tendrá que actuar. No puede, por razones de oportunidad, dejar de denunciar. En la audiencia de instrucción y juicio, no obstante, podrá hacerse la propuesta de aplicación de pena inmediata (art. 79). En este supuesto, el Ministerio Público “dispone” de la acción penal clásica, pero al mismo tiempo tiene que formalizar la propuesta de aplicación de pena directa.

7.4.15 – El principio de oportunidad (ahora como expresión de disponibilidad) está presente también, de forma inequívoca, en la suspensión condicional del proceso (art. 89). El Ministerio Público ofrece la denuncia y, simultáneamente, puede proponer la suspensión del proceso. Esto no supone renunciar a la acción, sino disponer de su proseguimiento. La nueva ley hizo más flexible el desarrollo de la acción penal pública en algunos crímenes (de mediano potencial ofensivo). Pero no son razones exclusivas de oportunidad las que justifican la suspensión del proceso. En última instancia, en este instituto hay una cierta individualización de la respuesta estatal, de tal forma que no menoscabe la prevención general y especial (efecto intimidatorio y resocializador de la respuesta estatal). Esto significa que el imputado, cumplidas las condiciones, tiene un derecho público subjetivo a la suspensión del proceso.

7.4.16 – *Principio de autonomía de la voluntad.* El segundo fundamento del modelo consensual de Justicia Criminal está en el principio de la autonomía de la voluntad del imputado. Sin que el acusado lo consienta, no sería posible ninguna solución conciliatoria para el conflicto penal. Sería discutible (en realidad imposible) imponer una solución alternativa si no se contase con el consenso del autor del hecho, es decir, independientemente de su voluntad. Se llega incluso a plantear hasta qué punto el interesado puede, sin embargo, consentir en que no se utilicen los derechos y garantías fundamentales. Es un tema controvertido, tanto en el ámbito del Derecho penal como en la esfera procesal. La respuesta nos la proporciona Costa Andrade,³⁰³ que dice: “Más allá de la realización de la autonomía personal este consentimiento puede, en concreto, estar preordenado hacia la

³⁰³ ANDRADE, M. da Costa, *Consenso e oportunidade, Jornadas de Direito Processual Penal. O novo Código de Processo Penal*, 1992, p. 332.

promoción de intereses legítimos del respectivo titular. Por esta razón, es forzoso defender su validez y eficacia. En su causa está la tesis de la llamada *doble naturaleza* o *doble dimensión* que la moderna doctrina constitucional asigna a los derechos fundamentales. En resumidas cuentas: los derechos fundamentales no se pueden pensar únicamente desde el punto de vista de los individuos, sino que las facultades o poderes de que son titulares estos individuos antes valen jurídicamente también desde el punto de vista de la comunidad como *valores* o *finés* que ésta se propone a cumplir.

7.4.17 – La necesidad de que se produzca una defensa técnica en el acto del consentimiento demuestra la preocupación de la comunidad para con los derechos y garantías fundamentales. Por otra parte, el hecho de que no se ejerciten algunos derechos fundamentales pensados en favor del autor del hecho criminal puede resultar razonable en el sistema “consensual” de la Ley 9.099/95, tomando en cuenta los beneficios que esta ley otorga y que también privilegian otros derechos fundamentales (dignidad, preservación de la libertad, no estigmatización, resocialización alternativa, etc.).

7.4.18 – Conviene aún añadir que el aceptar cualquier solución conciliatoria podría tener el significado de la “amplia defensa constitucionalmente asegurada” (art. 5.º, inciso LV).³⁰⁴ Para que algunos derechos constitucionales (libertad, dignidad etc.) puedan ser ejercitados, no dejaría de ser razonable que el imputado renunciara a otros derechos de igual naturaleza. Aceptar o no la vía consensual alternativa pasa a ser

³⁰⁴ Con la siguiente redacción: “a los litigantes en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general les son asegurados el contradictorio y la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes”.

estrategia de la defensa. Por eso, la ley requiere que ambos (imputado y defensor) se manifiesten.

7.4.19 – Principio de la no-necesidad de la pena de cárcel. El tercer fundamento del nuevo sistema penal brasileño se asienta en el principio de que es innecesaria la pena de cárcel de corta duración. En el clásico “*sursis*” esta idea ya se encontraba subyacente. En lugar de ejecutar la pena de corta duración, que es nefasta y puede desencadenar una “carrera criminal”, lo mejor es que el autor del hecho cumpla ciertas penalidades o condiciones alternativas fuera de la cárcel. La diferencia con relación al “*sursis*” es que en éste nada se fundamenta en el consenso, todo se impone. En el sistema conciliatorio, al contrario, todo se acuerda, y se llega a un consenso. El fracaso de la pena de cárcel, de la forma como se viene llevando a cabo en estos momentos, en especial la de corta duración, está en la base del nuevo instituto. Es nefasta, embrutece y constituye importante factor que engendra criminalidad, en las condiciones actuales. La consecuencia es un alto índice de reincidencia. La situación es bastante distinta en los países en los que se adoptan las penas alternativas.³⁰⁵

7.4.20 – Es necesario también considerar la falta de legitimidad que, en general, encierra el encarcelamiento en el “moderno” Estado Constitucional de Derecho, puesto que, además de no ser neutral, es altamente desocializador y asombrosamente nefasto. Esa crítica no es nueva.³⁰⁶ Lo que existe de nuevo en las cárceles, en este final de milenio, es el alto nivel de crueldad y de riesgo. Penas prohibidas “formalmente” en la Constitución

³⁰⁵ Véase JESUS (Damásio E. de, *Lei dos Juizados Especiais criminais Anotada*, p. 17 y ss.).

³⁰⁶ La “reforma” de la prisión es casi contemporánea de la prisión misma: FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, p.236.

(art. 5.º, inciso XLVII: penas crueles, trabajos forzados, pena de muerte) se encuentran presentes en lo cotidiano de cualquier cárcel.

7.5 La ruptura con el modelo político-criminal paleorrepresivo

7.5.1 – El preferencial modelo político-criminal brasileño, en especial desde 1990 hasta hoy, es decir, desde que se promulgó la Ley de los “Crímenes Hediondos” –Ley 8.072/90–, se caracteriza de forma inequívoca por la tendencia “paleorrepresiva”. Sus características más señaladas son: dureza de las penas, corte de derechos y garantías fundamentales, tipificaciones nuevas y agravamiento de la ejecución penal.³⁰⁷

El colosal incremento de la criminalidad resultante sobre todo de un modelo socioeconómico injusto –que no les permite a todos aprender conductas socialmente positivas, sino todo lo contrario– viene engendrando una fuerte demanda de “políticas criminales duras”. Y el Poder Político brasileño siempre ha correspondido a esta demanda: en un primer momento se presentó la ley de los “crímenes hediondos”, después la ley de combate al crimen organizado, del blanqueo de capitales, de la tenencia de arma de fuego, de la falsificación de remedios, etc. Ahora ya se está hablando de una ley de los crímenes de especial gravedad.³⁰⁸ La Ley 9.099/95

³⁰⁷ Véase en sentido crítico a este modelo emocional y simbólico: Damásio E. de JESUS, *Boletim IBCCrim*, n. 33, p. 3. Véase también: Alberto Z. TORÓN, *Crimes hediondos – O mito da repressão penal*; FRANCO, Alberto S., *Crimes hediondos. Notas sobre a lei 8.072/90*, p. 32 y ss.; L. Flávio GOMES, *Crime Organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*, escrito conjuntamente con Raúl Cervini, p. 26 y ss.

³⁰⁸ Véase: *Boletim IBCCrim* n. 33.

indiscutiblemente representa una ruptura importante en esta tendencia paleorrepresiva.

7.5.2 – Desde el punto de vista criminológico, corresponde señalar la identificación de este modelo penal puramente represor con el modelo clásico de prevención, que considera el Derecho penal (por sí mismo) como la respuesta más eficaz contra el delito. En él se enaltece la capacidad de convencimiento que resulta del castigo, es decir, la política de la *deterrence*.³⁰⁹ Cuanto más grave el castigo, más severas las penas en abstracto y ¡menos crímenes! Ese es el pensamiento: el rigor de la pena disminuye la criminalidad. En realidad, como lo señala García-Pablos de Molina, ese es un modelo “mentiroso y simplificador que manipula el miedo del delito”.³¹⁰

7.6 Síntesis del “nuevo paradigma” de la Justicia criminal consensuada

7.6.1 – Lo que marca las últimas reformas penales en Brasil, emocionalmente inspiradas en el movimiento de *Law and Order*,³¹¹ como se sabe, es el agravamiento de las penas, la creación de nuevos tipos penales, restricción o supresión de derechos y garantías fundamentales y endurecimiento de la ejecución penal.³¹² Por eso fue extraordinariamente

³⁰⁹ Véase: Massimo PAVARINI, *Los confines de la cárcel*, p. 77 y ss.

³¹⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, op. cit. p. 257 y ss.

³¹¹ En este sentido véase FRANCO, Alberto Silva, *Crimes hediondos. Notas sobre a lei 8.072/90*, p. 32 y ss.; TORON, Alberto Zacharias, *Crimes hediondos. O mito da repressão penal*, p. 69 y ss.

³¹² Sobre estas características del Derecho penal “simbólico” brasileño véase JESUS, Damásio E. de, *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, p. 1 y ss.

sorprendente que dentro de este marco de *hard control* –cuya eficacia se viene poniendo en tela de juicio desde hace mucho– recibiésemos la Ley 9.099/95, que dispone sobre la creación de Juzgados Especiales en lo Civil y en lo Criminal.

7.6.2 – Todas las contravenciones y crímenes cuya pena máxima no exceda de un año (salvo en los casos de procedimientos especiales), que antes abarrotaban los juzgados y tribunales, ahora los juzgan los juzgados criminales. Si el autor del hecho admite la transacción y acepta la “pena” alternativa propuesta por el Ministerio Público, se cierra el caso inmediatamente sin que sea necesario recoger pruebas. Esta “aceptación inmediata de pena” no genera reincidencia ni antecedentes penales.

7.6.3 – Conviene aclarar que la ley, en el ámbito del Juzgado Criminal, aparte de favorecer la “conciliación”, ha reservado poco espacio para la tan comentada “negociación penal”. Estamos mucho más cerca, por lo tanto, del *nolo contendere* (no asumo la culpa pero tampoco quiero discutir; no quiero contender) que del *plea bargaining* (que permite amplio acuerdo entre acusador y acusado sobre los hechos, la calificación jurídica y la pena). El Ministerio Público, en este caso, continúa en cierto sentido vinculado al principio de la legalidad procesal (obligatoriedad), pero su “propuesta” sólo puede ofrecer una pena alternativa (restrictiva o multa) nunca sobre privación de libertad. Como se nota, él dispone sobre la sanción penal original, pero no puede dejar de actuar según los parámetros alternativos. A esto se le da el nombre, como vimos, de principio de la oportunidad “reglamentada”.

7.6.4 – El Poder Político (Legislativo y Ejecutivo), cambiando de forma radical su clásica política criminal fundamentada en la “idea” de que la

pena severa disuade a cometer un delito (*deterrence*), de forma valiente y auspiciosamente está dispuesto a probar un nuevo camino de reacción al delito de pequeña y mediana gravedad y a poner en práctica uno de los más avanzados planes de “despenalización” del mundo, lo cual significa menos pena de cárcel sin afectar el carácter ilícito de la conducta.

7.6.5 – Además de requerir representación en las lesiones leves y imprudentes (art. 88),³¹³ en todos los crímenes cuya pena mínima no exceda un año, será posible la “suspensión condicional del proceso” que representa, a nuestro juicio, la mayor revolución en el proceso penal brasileño de los últimos cincuenta años. Cuando, *ab initio*, considerando que se trata de infractor primario –buenos antecedentes, buena personalidad, buena conducta social etc.–, ya se vislumbra que habrá posibilidad de concesión futura del “*sursis*” (suspensión de la ejecución de la pena ya aplicada), se permite –siempre con el consentimiento del acusado y del defensor– la suspensión del proceso, mediante ciertas condiciones, con el inicio inmediato del periodo de prueba de dos años por lo menos, sin que se discuta la culpabilidad.

7.6.6 – Como contrapartida de esta *conformidad procesal*, el sistema legal ofrece la no-realización del interrogatorio ni la producción de pruebas (audiencias), sentencia, rol de culpables, reincidencia, malos antecedentes, etc. Y si, después de haber cumplido integralmente las condiciones de la suspensión –entre ellas, por supuesto, la reparación de los daños a la víctima– no comete nueva infracción, la punibilidad resultará extinguida.

³¹³ El artículo tiene la siguiente redacción: “Además de las hipótesis del Código Penal y de la legislación especial, dependerá de representación la acción penal relativa a los crímenes de lesiones corporales leves y lesiones culposas”.

Sería como si el hecho cometido nunca hubiera ocurrido en la vida del imputado.

7.6.7 – La suspensión del proceso, que la doctrina nacional viene reivindicando desde hace años, tiene como base el principio de oportunidad (el Ministerio Público podrá disponer –poder-deber–, por supuesto de la acción penal), y su finalidad suprema es la de evitar no sólo la estigmatización derivada de la sentencia condenatoria (lo que ocurre en la *probation*), sino sobre todo de la derivada del mismo proceso (que ya es una tortura). Indiscutiblemente, es la vía más factible de la tan esperada desburocratización de la Justicia Criminal (gran parte del movimiento forense criminal se podrá reducir). Al mismo tiempo permite una pronta respuesta estatal al delito, o sea, en la medida de lo posible la inmediata reparación de los daños a la víctima, el fin de las prescripciones (ésta no corre durante la suspensión), la resocialización del autor de los hechos, su no-reincidencia, un colosal ahorro de papeles, horas de trabajo etc. Además, es un instituto que todos los jueces (no sólo los del juzgado) aplicarán inmediatamente, no requiere cualquier estructura nueva y permitirá que la Justicia Criminal, por fin, disponga de tiempo para dar mayor atención a la criminalidad grave, ayudando a reducir la impunidad.

7.6.8 – La Ley 9.099/95 de 27.09.1995, como se nota, innovó profundamente nuestro ordenamiento jurídico penal. Cumpliendo una disposición constitucional (Constitución Federal, art. 98, I), el legislador está dispuesto a probar un nuevo modelo de Justicia Criminal. Es una verdadera revolución (jurídica y de mentalidad) porque rompe la inflexibilidad del clásico principio de la obligatoriedad e indisponibilidad de la acción penal. En adelante, tenemos que aprender a convivir también con el *principio de oportunidad* en la acción penal pública (siempre que sea

posible la suspensión condicional del proceso). Se abre en el campo penal un cierto espacio para el *consenso*. A la par del clásico principio de la verdad material, ahora tenemos también que admitir la verdad *consensuada*.

7.6.9 – El centro de las preocupaciones ahora no debe ser únicamente la *decisión* (formalista) del caso sino la búsqueda de *solución* para el conflicto. La víctima, por fin, empieza a ser *tomada en cuenta*, porque el nuevo sistema se preocupa, principalmente de la reparación del daño. Están lanzadas las bases de un nuevo paradigma de Justicia Criminal: de los que operan con el derecho (jueces, fiscales, abogados etc.) se les requiere más que la necesidad de prepararse para aplicar correctamente la ley, se les requiere que estén preparados para el desempeño de un nuevo *rol*: el de propulsores de la conciliación en el ámbito penal, y todo ello bajo la inspiración de los principios de la informalidad, oralidad, economía procesal y celeridad (art. 2.º y 62).

7.6.10 – El gran mérito de estas soluciones alternativas, como bien resaltó Carlos Eduardo Caputo Bastos³¹⁴ “es, principalmente, el desarme de los espíritus en los conflictos sociales. Vamos a estimular cada vez más el diálogo, la negociación. No es posible admitir que a caballo del tercer milenio los hombres todavía no hayan aprendido a negociar, a sentarse en una mesa, de forma civilizada, para buscar solución a sus correspondientes conflictos”. La Ley de los Juzgados Especiales Criminales, como de forma muy apropiada resumió Carlos Biosotti,³¹⁵ se ha hecho para responder a notables y antiguas aspiraciones de la sociedad. “Es una verdadera divisoria

³¹⁴ Véase BASTOS, Carlos Caputo, *Direito & Justiça*, Correio Braziliense de 11.03.1996, p. 6.

³¹⁵ En *Edição Policial* n. 254, abril/96, p. 2.

de aguas en la historia del Poder Judicial”, como muy bien señaló Fátima Nancy Andrichi.³¹⁶ De todos modos, y ahora la advertencia es de João José Leal,³¹⁷ “no debemos pregonar ilusiones (en cuanto al control de la criminalidad): el verdadero problema criminal brasileño todavía está por solucionarse correcta y eficazmente, solución que no se podrá limitar a medidas puramente legislativas y judiciales”.

7.7 Las cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras de la Ley 9.099/95: aplicación inmediata y retroactiva

7.7.1 – La Ley 9.099/95, en suma, no trató de ninguna clase de descriminalización, es decir, no le quitó el carácter ilícito a ninguna infracción penal. Lo que efectivamente aportó, como se pudo ver en los puntos anteriores, fueron cuatro medidas (alternativas) despenalizadoras (medidas penales o procesales alternativas que procuran evitar la pena de cárcel): 1.^a) composición civil extintiva de la punibilidad (art. 74, párrafo único); 2.^a) transacción penal (art. 76); 3.^a) exigencia de representación en las lesiones corporales; y 4.^a) suspensión condicional del proceso penal.³¹⁸

7.7.2 – Precisamente porque afectan, entre otros, el “*ius libertatis*”, no se puede negar el vínculo existente entre la nueva ley y los derechos fundamentales del individuo. Y debido al artículo 5.º, párrafo 1.º de la

³¹⁶ En *Direito & Justiça*, Correio Braziliense de 18.03.1996, p. 1.

³¹⁷ En *A Gazeta do Povo*, de 06.12.1995, p. 6.

³¹⁸ Sobre estas medidas despenalizadoras véase: GRINOVER, Ada Pellegrini y otros, *Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*, p. 18 y ss.; Véase: también GOMES, Luiz F., *Suspensão Condicional do Processo Penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 78 y ss.

Constitución Federal, la ley que disciplina un derecho fundamental tiene aplicación inmediata.³¹⁹ Antes de que se instalen formalmente los Juzgados Criminales, los jueces y tribunales ya están aplicando tales institutos despenalizadores. Por otra parte, por el hecho de contemplar medidas despenalizadoras, la Ley 9.099/95 es beneficiosa para el reo. Esta nueva ley penal tiene efecto retroactivo, en conformidad con otro mandamiento constitucional (art. 5.º, inciso XL).³²⁰ El Supremo Tribunal Federal ya se manifestó respecto de esta retroactividad favorable. De forma unánime, en tres ocasiones ya la acogió terminantemente: Acción n. 1.055, AM, ponente Celso de Mello, Pleno, *DJU* de 24.05.1996; HC 73.837-1, GO, ponente Ministro Marco Aurélio; HC 74.017-1, CE, ponente Ministro Octavio Galloti, *DJU* de 27.09.1996, p. 36.153.

7.8 El presente y el porvenir del modelo consensual brasileño de Justicia criminal y de las penas alternativas

7.8.1 – Hasta el momento, disponemos de una sola estadística, desde la vigencia de la Ley 9.099/95: los procesos iniciados en el Estado de San Pablo, durante los años de 1994 y 1995, de enero a junio, se calcularon en cerca de 84.000. El año de 1996, es decir, después de promulgada la Ley 9.099/95, ese número se redujo a cerca de 42.000. Disminuyó en un 50% el número de los procesos. Estas cifras nos permiten afirmar que muchos hechos delictivos que serían objeto del proceso tradicional han llegado a

³¹⁹ El texto legal citado tiene la siguiente redacción: § 1.º “las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”.

³²⁰ Con la siguiente redacción: “la ley penal no retrocederá, salvo para beneficiar al reo”.

una solución consensuada (art. 74 y 76), o sea, no ingresaron en el sistema penal clásico. Es sensible, por otra parte, la reducción del movimiento forense, ya sea en primer grado, ya sea en el Tribunal de segundo grado (Alzada Criminal). Se viene notando una clara desburocratización.

7.8.2 – Muchas víctimas que jamás lograron cualquier indemnización en el proceso penal clásico, ahora con cierta frecuencia salen de los juzgados criminales con su indemnización. Se permitió acercar el infractor a la víctima. Ambos conversan, intercambian impresiones, manifiestan sus puntos de vista. Y con regularidad el infractor acaba por reconocer “su infracción” y “su víctima”. Se busca un diálogo positivo, que propicie conductas socialmente positivas. Esto facilita la resocialización del infractor. El sistema de administración de Justicia está gastando menos para resolver estos conflictos menores. Y actúa de forma rápida (en promedio sesenta días después de haberse cometido la infracción el asunto está resuelto). Se acabó la frecuente prescripción en las infracciones menores. Las primeras ventajas del nuevo sistema se pueden constatar fácilmente. Por supuesto, esto no significa garantía absoluta de que se trate de la solución verdadera. Datos más fiables sólo se podrán obtener transcurrido algún tiempo.

7.8.3 – La mayor y más seria crítica que recibió el nuevo sistema tiene que ver con su eventual inconstitucionalidad, por herir derechos y garantías fundamentales inherentes al clásico “proceso debido”. Tan pronto como se dictó la ley, para dificultar aún más la situación, era posible sustituir la pena de multa consensuada por encarcelamiento. Ahora, con la ley 9.268/96, que prohíbe que cualquier multa se convierta en cárcel, esta crítica ya no es tan sólida como lo fue en su tiempo. De forma distinta a lo que sostienen los seguidores de esta tesis, pienso que la Ley 9.099/95 creó

un “nuevo proceso debido” también cercado de garantías, incluso porque ninguna medida despenalizadora se puede aplicar sin el consenso del autor del hecho, consenso que siempre vendrá junto con la asistencia jurídica (de un Defensor técnico). Los derechos fundamentales coligados con el debido proceso legal se pensaron para la tutela del individuo frente al Estado. El destinatario natural de estos derechos es, por lo tanto, el individuo. En razón de la “autonomía de su voluntad”, no nos parece incorrecto que él deje de ejercitarlos en algunos casos concretos para obtener una respuesta estatal al delito distinta de la que venía tradicionalmente imponiéndose, menos estigmatizante y más resocializadora e integradora. No podemos olvidarnos que la no-intervención de la respuesta estatal punitiva clásica (la prisión) en los litigios menores significa, en última instancia, respeto a la dignidad humana. Y al paso que las medidas despenalizadoras de la transacción (art. 76) y suspensión del proceso (art. 89) no discuten la culpabilidad del agente (incluso porque se encuentran fundamentadas en el “nolo contendere”), tampoco corresponde aquí hablar de ofensa al principio de presunción de inocencia.

7.8.4 – De cualquier manera, todavía falta, por ejemplo, valorar el real efecto de las penas alternativas inmediatas en la tan esperada resocialización del infractor. ¿Qué impacto están provocando? ¿Cómo siente el pueblo este nuevo sistema? En particular, ¿cómo lo sienten quienes están implicados en la conciliación? ¿es el modelo conciliatorio suficiente en lo que concierne a la prevención general y especial? Estas y muchas otras preguntas todavía tendrán que ser contestadas. Urge, además, que se instalen efectivamente los Juzgados Especiales Criminales, y que se les otorgue la necesaria competencia y estructura para la efectiva “resolución” (que no se confunde con la mera decisión) de los conflictos

penales menores. En estos juzgados se requiere la participación de psicólogos, asistentes sociales, conciliadores y otros auxiliares bien capacitados para alcanzar, no solamente la indemnización de la víctima, sino también y sobre todo la verdadera pacificación social de los conflictos.

7.8.5 – El modelo consensual criminal en causa es uno de los más audaces del entorno cultural brasileño y está en consonancia con diversos postulados de la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delito y Abuso de Poder (v.g.: fácil acceso de la víctima a la justicia, resarcimiento por parte del infractor etc.). Esta Declaración fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 29 de noviembre de 1985 mediante la Resolución 40/43. Por sus peculiaridades, el sistema consensual en cuestión es singular. No es abolicionista en el sentido de la doctrina de Hulsman, Mathiesen, Christie, Plack, Faucault y otros. No llega a identificarse totalmente con el “modelo integrador” anglosajón o canadiense (que propugna por la desinstitucionalización o reprivatización del conflicto, retirándolo del sistema formal). Sin embargo, no cabe duda que es un “nuevo” sistema jurídico convergente al espíritu de la intervención mínima del Derecho penal (Baratta, Hassemer, Ferrajoli, Zaffaroni, Cervini y tantos otros). Es un sistema, en fin, que ha sido elaborado con la pretensión de convertir en realidad la clásica advertencia de Radbruch: la de que no debemos sólo buscar mejorar el Derecho penal, sino algo mejor que el Derecho penal.

7.8.6 – Ahora bien, la despenalización brasileña con las características que acaban de ser enumeradas se corresponde, en líneas generales, a la propuesta del “dualismo penal” de Silva Sánchez,³²¹ que sostiene la

³²¹ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 124 y ss.

flexibilización de las garantías materiales en un Derecho penal más alejado del núcleo de lo criminal y en el que se impusieran penas más próximas a las sanciones administrativas (privativas de derechos, multa etc.). En su momento (cfr. *supra* en éste Cap. II, n. 1) manifestamos nuestra *preocupación* con la propuesta del “dualismo penal”, afirmando que cualquier tipo de transigencia con las garantías formales y materiales puede permitir la arbitrariedad.

7.8.7 – Aunque incontestables algunas ventajas en cuanto a desburocratización y eficacia en la aplicación de la respuesta estatal, ya se puede observar, no obstante, en la actualidad unas tendencias seriamente comprometedoras del sistema despenalizador brasileño, destacándose entre ellas: (a) la aplicación *contra legem* de la pena privativa de libertad; (b) la no-participación directa del juez de la discusión (de la *plea bargaining*) para celebrarse la transacción penal; (c) la no-individualización por el Ministerio Fiscal de los hechos que van a posibilitar la transacción penal; (d) la inobservancia del criterio de insignificancia; (e) la realización de transacción penal con relación a hechos concretos penalmente atípicos; (f) la desconsideración de las garantías inherentes a la imputación objetiva y subjetiva; (g) la inobservancia del principio de ofensividad etc.

Si en teoría la ley fue concebida para despenalizar (mínima intervención), en la *praxis*, muchas veces, está presentando efecto contrario. Es que no todas las *mínimas garantías materiales* o del “debido proceso consensual” están siendo observadas.

Nuestra postura: la flexibilización de las garantías penales y procesales clásicas, que integra la actual tendencia desformalizadora del Derecho, siempre puede implicar el grave riesgo de no practicarse tampoco las

garantías mínimas. Es precisamente eso lo que está ocurriendo con una gran cantidad de casos “solucionados” por el modelo consensual de Justicia introducido en el sistema brasileño.

Por ello, las postulaciones más coherentes y garantistas consisten en:

(a) reivindicar la despenalización (descriminalización) de las infracciones de pequeña relevancia penal (*reati bagatelari*), reservándose el clásico sistema penal (el Derecho penal del *ius libertatis*), con todas las garantías penales y procesales, para las infracciones que efectivamente “merecen” y “necesitan” la sanción penal;

(b) los hechos que no merecen o no necesitan el castigo penal deben ser transformados en infracciones administrativas, que podrían ser disciplinadas o por un tipo de *Derecho administrativo sancionador* (jurisdiccionalizado: conflictos que justifican una solución judicial), permitiéndose la flexibilización de las reglas de imputación (para incriminar las personas jurídicas, por ejemplo) y asimismo de las garantías (justicia consensuada, v.g.) o, por otra parte, por el *Derecho administrativo clásico* (conflictos no jurisdiccionalizados).

Capítulo III

EL BIEN JURÍDICO COMO OBJETO DE TUTELA (Y DE LA OFENSA) EN EL DERECHO PENAL

SUMARIO: 1. La protección de bienes jurídicos entendida como una de las misiones del Derecho penal – 2. Evolución histórico-conceptual de la noción de bien jurídico: 2.1 El delito como ofensa a un derecho subjetivo; 2.2 La formulación de BIRNBAUM; 2.3 El bien jurídico en la perspectiva “positivista” (un concepto “omnicomprensivo”); 2.4 ¿Cuándo el bien jurídico deja de ser objeto de la tutela penal?; 2.5 Teorías sociológicas sobre el bien jurídico – 3. Bien jurídico y Constitución: 3.1 Teorías constitucionalistas; 3.1.1 ¿Exclusivamente los bienes constitucionalmente relevantes son los que pueden ser objeto de la tutela penal?; 3.1.2 ¿Pueden ser penalmente tutelados otros bienes, aunque no los contemple literalmente la Constitución?; 3.2 Teorías eclécticas; 3.3 Síntesis de la discusión – 4. El concepto “crítico” de bien jurídico – 5. De los criterios de (des) legitimación del proceso legislativo en la selección del bien jurídico – 6. La exigencia de concreción del bien jurídico como condición *sine qua non* del carácter necesariamente ofensivo del delito – 7. El bien jurídico-penal: conceptos fundamentales, distinciones, funciones y tipología: 7.1 Bien jurídico, su sustrato empírico y objeto material; 7.2 Bien jurídico y bien jurídico-penal; 7.3 Concepto político-criminal y dogmático; 7.4 Funciones del bien jurídico-penal; 7.5 Bienes individuales y supraindividuales – 8. ¿Cuándo es legítima la protección penal de los bienes jurídicos desde la perspectiva del principio de ofensividad?

1. La protección de bienes jurídicos entendida como una de las misiones del Derecho penal

a) La quaestio praevia de la misión o misiones del Derecho penal: tutela fragmentaria y subsidiaria de bienes jurídicos

Para expresar las finalidades básicas del Derecho penal son comunes en la terminología jurídico-penal tanto la palabra “misión” como “función”.¹ Creemos ser muy apropiada al respecto la distinción clarificadora que presentan Hassemer/Muñoz Conde:² por “función” del Derecho penal debemos entender exclusivamente “las consecuencias (accesorias) no deseadas pero reales del sistema” y por “misión”, “fines” o “metas”, “las consecuencias queridas o buscadas oficialmente por el sistema”.³

Con la palabra “misión” (o misiones), en suma, lo que se pretende es expresar la finalidad (o finalidades) del Derecho penal. Pero no se puede negar el uso difuso de la palabra “función” con ese mismo significado.

¹ Utiliza la palabra “misión”, por ejemplo, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG*, v. 1, p. 3; en “función” hablan, por ejemplo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: Introducción*, p. 37; MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, p. 9 y ss. Como bien señaló SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 180 (nota 6), existe una gran incertidumbre terminológica entre misión y función: “Ferrajoli se sirve del término ‘función’ para los usos descriptivos y del término ‘fin’ para los normativos; también Pérez Manzano emplea el término ‘función’ para los efectos o consecuencias objetivas (plano empírico-social) y el término ‘fin’ para la confrontación de los efectos con un sistema valorativo concreto”.

² HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 99.

³ Los conceptos utilizados no coinciden con los dados por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, *Derecho Penal-PG*, p. 726: “función [de la pena] es la finalidad última e ideal, fines son los objetivos empíricos e inmediatos”.

El Derecho penal es un instrumento absolutamente ilegítimo para proteger la moral⁴ o la ética, la religión o la obediencia divina,⁵ los valores culturales en cuanto tales⁶ o los intereses o estrategias gubernamentales o supranacionales; tampoco se destina a tutelar el orden natural o los actos disfuncionales, los “derechos subjetivos” o la “norma”. La misión (función) principal⁷ del Derecho penal, *a latere* de constituir un sistema de tutela del individuo frente a las agresiones de otros individuos y asimismo frente a la intervención estatal,⁸ es la de proteger los “bienes jurídicos”⁹ más

⁴ Las esferas jurídica y moral no son idénticas, sin embargo son inseparables. El Derecho penal, en general, protege bienes jurídicos cuya lesión es valorada (incluso desde el punto de vista moral) negativamente. Que Moral y Derecho son esferas que coinciden es indudable. La cuestión, por tanto, es saber hasta qué punto un comportamiento contrario a la moral es también lesivo a un bien jurídico fundamental, con la consecuencia de perturbar la convivencia en sociedad (cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 106). Importa al Derecho penal, como observa CUNHA (Paulo Ferreira, *A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito penal*, p. 66), “tan sólo lo que sea básico, basilar, para la cohesión social del grupo en el plano cívico. Y el jurista debe postular la despenalización de lo que es estrictamente moral (y no jurídico) en la legislación penal”.

⁵ Cfr. RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 339.

⁶ El primero y seguro significado de la expresión “tutela de bienes jurídicos” es de carácter negativo, por tanto (cfr. DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, p. 118).

⁷ En Derecho penal se utiliza, como se ha visto, las dos expresiones con el significado de “meta” o “objetivo” oficial del sistema.

⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 180.

⁹ Sobre la delimitación terminológico-conceptual de la noción penal de bien jurídico cfr. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 27 y ss. Aún sobre la teoría del bien jurídico cfr.: URQUIZO OLAECHEA, *El bien jurídico*, *RPCP*, 1998, p. 805 y ss. Subrayando la necesidad de concebirse el delito no sólo como ofensa a un bien jurídico sino también a un interés individual de la víctima afectada cfr. ESER, Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima, *RPCP*, 1998, p. 585 y ss. y especialmente p. 614. La misión protectora de bienes jurídicos es la misión básica del Derecho penal (cfr. MORILLAS CUEVA, *Curso de Derecho penal español-PG*, p. 53) y esa labor se lleva a cabo por medio de la segunda función racional del Derecho penal, ya sea a través de la prevención general ya de la especial (así MORILLAS CUEVA, *Notas sobre la función del Derecho penal en el Estado democrático y de derecho*, *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, p. 509 y ss.). Autores existen que al lado de la protección de bienes jurídicos admiten que el Derecho penal también tiene la misión de proteger la paz jurídica o social: así, WESSELS, *Direito penal-PG*, p. 3; BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y*

fundamentales de la persona¹⁰ para posibilitar el desarrollo de su personalidad y su realización ética¹¹ así como la vida en comunidad.¹² Esa es hoy una tesis ampliamente mayoritaria¹³ porque la misión de tutela de

sistema. *Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, p. 6 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG*, v. 1, p. 4.

¹⁰ Véase la extensa lista de autores alemanes que siguen esa idea en ROXIN, *Derecho penal-PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 70, nota 43 (Arm. Kaufmann, Maurach/Zipf, Kienapfel, Lenckner/Schittenhelm, Hassemer). Pero, como señala el mismo autor, “el relativo consenso sobre el cometido jurídico-penal de la protección de bienes jurídicos reposa sobre fundamentos inseguros. Por eso el concepto material de delito y la teoría del bien jurídico siguen contándose aún hoy entre los problemas básicos menos clarificados con exactitud del Derecho Penal”. Vid. también: BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, p. 9; RUDOLPHI, *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal, El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 82. El tema del bien jurídico fue objeto de un amplio debate en el “Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali – ISISC”, en Siracusa-Italia, ocurrido en octubre de 1981 (Cfr. *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, coord. de Alfonso M. STILE, Napoli). En España, sobre la misión del Derecho penal de proteger bienes jurídicos cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 264 y ss; GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 190. Señalan que se trata de una garantía fundamental del Derecho penal moderno: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 267; MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 47 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del derecho penal*, p. 336 y ss.; QUINTERO OLIVARES, *Curso de Derecho penal-PG (acorde con el nuevo Código Penal de 1995)*, p. 50 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE y ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho penal-PG. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal*, p. 9-11 y 58; LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español-PG*, p. 52 y 249 y ss.; BACIGALUPO, *Principios de derecho penal-PG*, p. 18 y ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 28 y ss.

¹¹ Cfr. CARVALHO (Taipa de, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito penal. Análise histórica, sentido e limites*, p. 90); DIAS (Figueiredo, *Direito Penal e Estado-de-direito material*, RDP, 1981, p. 42-43); WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 11-17.

¹² Así ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos del Derecho penal*, p. 21-35, que acentúa el carácter subsidiario de la protección y estima (p. 21) que la función del Derecho penal se limita más bien a crear y asegurar a un grupo reunido en el Estado, exterior e interiormente, las condiciones de una existencia que satisfaga sus necesidades vitales; Idem, *Derecho Penal-PG*, p. 51 y ss., especialmente p. 65. Ya FEUERBACH, como legítimo representante del pensamiento clásico liberal afirmaba: “El fin esencial de la ley penal no es otro que impedir las lesiones jurídicas mediante injerencia en el potencial volitivo” (*Tratado de Derecho penal*, p. 99).

¹³ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 40 y ss.; Véase aún: MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 47; DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, p. 39-52; ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, p. 11; ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal-PG. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 47, que señala el inconveniente de no satisfacer el criterio del bien jurídico las exigencias mínimas de concreción que

bienes jurídicos, más allá de constituir una *garantía* esencial del Derecho penal,¹⁴ surge como una de las fundamentales proposiciones de un programa político-criminal típico de un Estado Constitucional de Derecho,¹⁵ de cariz social y democrático,¹⁶ fundado en valores claves como son, entre otros, el de la dignidad humana,¹⁷ libertad y justicia,¹⁸ así como en la concepción de que el Estado está a servicio de la persona humana en varias dimensiones: (a) que está obligado a asegurar las condiciones esenciales tanto para el desarrollo de su personalidad como para la vida en

lo hagan útil en orden a determinar con claridad y precisión la selección de los comportamientos delictivos y su jerarquización. Hemos mencionado que la tesis es "mayoritaria" porque en el Derecho penal actual hay quien niega que la misión del Derecho penal sea la de protección de bienes jurídicos. Así, por ejemplo, JAKOBS, *Derecho penal-PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 9 y ss.

¹⁴ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 267, quien fundamenta referido principio en la proporcionalidad, fragmentariedad, necesidad y utilidad de la tutela.

¹⁵ El rasgo específico del *Estado constitucional de derecho* consiste en que la producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales, de derecho positivo. Luego, en palabras de FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 19, "la función de garantía del derecho resulta actualmente posible por la específica complejidad de su estructura formal, que, en los ordenamientos de Constitución rígida, se caracteriza por una doble artificialidad; es decir, ya no sólo por el carácter positivo de las normas producidas, que es el rasgo específico del *positivismo jurídico*, sino también por su sujeción al derecho, que es el rasgo específico del *Estado constitucional de derecho*". Cfr. aún RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 338.

¹⁶ Véase DIAS (Figueiredo), *Oportunidade e sentido da revisão do código penal português*, *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*, p. 29-30; Idem, *As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal português de 1982*, *RDPCrim*, 1982, p. 8-9. Sobre la evolución del Estado liberal de derecho al Estado social y democrático de derecho, cfr. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, p. 35 y ss.

¹⁷ Con relación a la propuesta de constituir la dignidad humana objeto de tutela penal cfr. MONTANO, *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal*, *Actualidad Penal*, 5-11 de mayo de 1997, p. 419 y ss.

¹⁸ Sobre la determinación de los valores superiores del ordenamiento jurídico y su significado en el Estado de Derecho cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 81 y ss. En general, estos valores básicos vienen contemplados en los Preámbulos de las Constituciones. Con relación a su valor jurídico y político cfr. TAJADURA TEJADA, *El preámbulo constitucional*, *passim*.

sociedad; (b) que no puede promover, defender o imponer cualquier ideología o cualquier orden moral o religioso (*secularización del Derecho penal*);¹⁹ c) que debe tolerar e incentivar el modelo pluralista y democrático de convivencia, lo que significa que debe intervenir lo menos posible en la libertad humana (*intervención mínima*) y jamás castigar “meras inmoralidades”.²⁰

Considerándose que la sanción penal es el instrumento de control social más contundente con que cuenta el Estado, debido al principio de *proporcionalidad-necesidad* (o prohibición de exceso) solamente resultará justificada su intervención, dentro del Derecho penal del *ius libertatis*, cuando – en virtud del principio de fragmentariedad – (a) entren en juego “bienes” muy relevantes para la convivencia humana (*exclusiva protección de bienes jurídicos*) y (b) únicamente a partir del momento en que sea intolerable el ataque; además –debido al principio de subsidiariedad–, que no exista otra forma de tutela más adecuada o más idónea.²¹

En virtud de las limitaciones que acaban de ser citadas, se concluye que la *misión* del Derecho penal (del *ius libertatis*) tampoco es la de proteger

¹⁹ Sobre el proceso de “secularización” del Derecho Penal véase MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 289 y ss., que señalan la evolución de la ecuación delito-pecado a la ecuación delito-hecho dañoso a la sociedad, conquista que se debe a la Ilustración (p. 307). Vid. aún FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 218 y ss.

²⁰ ROXIN, *Derecho penal-PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 52.

²¹ El Derecho penal sólo debe intervenir “cuando se verifiquen lesiones insoportables para la libre realización y desarrollo de la personalidad de cada persona” (cfr. DIAS, Figueiredo, *As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal Português de 1982*, *RDPCrim*, 1982, p. 8). Sobre la fundamentación del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en el principio de proporcionalidad en sentido amplio o más específicamente en el principio de necesidad cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 159 y ss.

todos los bienes jurídicos considerados relevantes, ni siquiera frente a *todos* los ataques a esos bienes, sino que jurídicamente la única protección proporcionada y admisible es la de naturaleza *fragmentaria y subsidiaria (ultima ratio)*.²²

La dignidad de la persona, por supuesto, es el fundamento nuclear del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Terradillos Basoco,²³ en ese sentido, afirma: “de donde deriva necesariamente la vigencia constitucional del principio del bien jurídico, es del artículo 10.1, que encabeza el Título I (...) anteponiéndose, inclusive, al capítulo primero del mismo. La consagración de la dignidad de la persona como fundamento del orden político supone, incluso para el observador más torpe, la imposibilidad de restringir sus derechos cuando ello no sea imprescindible”.

Que el Derecho penal del *ius libertatis*, sobre todo, sólo se justifica cuando *necesario* y que es necesario exclusivamente para la tutela (fragmentaria y subsidiaria) de bienes jurídicos, es una opinión muy consolidada y ampliamente compartida, sea por la doctrina,²⁴ sea incluso por la jurisprudencia.²⁵ Consecuentemente, y porque el principio de exclusiva

²² Cfr. supra Cap. II, n. 2.

²³ TERRADILLOS BASOCO, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, *RFDUC*, 1981, p. 142.

²⁴ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 163 y ss., que fundamenta el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en lo de necesidad y, por ende, deriva del principio de proporcionalidad en sentido amplio, lo cual encuentra su consagración constitucional en el artículo 1.1 y en los artículos 9.3 y 10.1 de la Constitución española.

²⁵ El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ya declaró reiteradas veces que “la protección de un bien jurídico deviene un requisito indispensable para cualquier limitación de derechos constitucionales; la realización de ciertos hechos socialmente dañinos constituye el contenido esencial del concepto de delito”; SS 11/1981, de 8 de abril, y 62/1982, de 15 de octubre, 111/1983 y

protección de bienes jurídicos está orientado a cumplir, junto a otros principios, también una función de *límite del "ius puniendi"*,²⁶ se concluye que el Derecho penal no tiene como misión punir las intenciones, o plasmar normativa y coercitivamente tendencias morales o éticas o aun ideológicas,²⁷ o sancionar el quebrantamiento de determinados "valores".

El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en síntesis, tiene la pretensión de constituir más una *barrera material* al derecho punitivo del Estado, que ya no está autorizado, en el momento y a través de la criminalización, a tipificar metas morales o éticas de las personas.

b) El concepto de bien jurídico: límites y críticas

El concepto de bien jurídico, pese a los avances de las investigaciones, no reúne todavía capacidad suficiente como para ofrecer un *catálogo* cerrado de los bienes susceptibles de tutela penal,²⁸ lo que significaría, frente al legislador, y teniendo en cuenta el principio de legalidad penal, una simple tarea de reconducirlos vinculada y automáticamente a un tipo legal.

55/1996. Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal-PG. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 233-234 y AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 161. Vid. aún GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 49 y ss.

²⁶ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 264. La teoría del bien jurídico, por supuesto, más allá de cumplir la función político-criminal de límite al *ius puniendi*, está orientada a cumplir también funciones dogmáticas (sistematización, exegetica).

²⁷ En contra de las pretensiones que pretenden imponer, por medio del Derecho penal, órdenes éticos o ideológicos cfr. TERRADILLOS BASOCO, *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, *RFDUC*, 1981, p. 125 y ss.

²⁸ En ese sentido: GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 129-139.

En otras palabras, el referido concepto no está en condiciones de indicar *positiva y concretamente* cuáles bienes son “merecedores” y “necesitados” de tutela penal.²⁹ Aún no se ha llegado a tanto y es bien probable, en razón de las constantes mutaciones sociales y culturales, que jamás se alcance ese *desideratum*.³⁰ No hay como concebirlo, en síntesis, a pesar de los últimos intentos de las teorías constitucionalistas,³¹ como un límite vinculante *positivo* al legislador.³²

De cualquier modo, aunque el concepto en cuestión no cumple el milagro o la mágica de ofrecer una completa e indiscutible enumeración de los bienes jurídicos (*función positiva, numerus clausus*), sería un gran equívoco afirmar su inutilidad o absoluta ineficacia político-criminal, porque, frente al *legislador*, él puede cumplir dos papeles muy relevantes:

- (a) el primero es de naturaleza *indicativa*, es decir, debido al citado principio, hoy se reconoce (indicativamente) que exclusivamente los bienes existenciales (individuales o supraindividuales) más importantes para el ser humano, es decir, los que son *indispensables* para el desarrollo de su personalidad, son los que merecen ser contemplados en una norma como objeto de protección (y, por ende, de la ofensa) penal;

²⁹ Sobre los conceptos de “merecimiento” y “necesidad” de tutela penal cfr. BIANCHINI (Alice), *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 92 y ss.

³⁰ Para FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 471, todo lo que se pide a la teoría del bien jurídico no es alcanzar una definición exhaustiva de los bienes jurídicos, sino únicamente una serie de “criterios negativos de deslegitimación”.

³¹ Véase *infra* en éste Cap. III, n. 3.

³² La Constitución, de cualquier manera, constituye el punto básico de referencia (*in linea di massima*) para valorarse la importancia del bien jurídico: GIUSINO, *I reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 156.

(b) el segundo es de carácter *negativo*, en el sentido de que estamos en condiciones de afirmar, con cierta seguridad, al menos cuáles bienes no pueden constituirse en objeto de tutela (y de la ofensa) penal: la moral, la ética, la religión, la ideología, los valores culturales como tales etc.³³

Pese a los avances ocurridos tanto en la búsqueda de una definición del bien jurídico como en establecer limitaciones al legislador en el momento de la selección de los bienes que pueden ser *penalmente* protegidos, cabe desde luego anticipar que, hoy por hoy, son contundentes las críticas dirigidas al legislador,³⁴ justamente porque no viene observando prácticamente ninguna barrera en su actividad criminalizadora, hasta el extremo de haber expandido el Derecho penal a cuotas como nunca antes se había visto.³⁵

Los críticos más fervorosos dicen que los vacíos conceptos de bien jurídico no sólo no ejercen ninguna “función limitadora” (ni “crítica”) del sistema (función de límite), sino que fácilmente se convierten en instrumento de maniobra en manos de cualquier legislador, al margen de su línea ideológica, su tendencia democrática o totalitaria, minimalista o intervencionista, y terminan por cumplir a veces un papel opuesto (*positivo*) de autorizar e incentivar la hipertrofia o expansión del Derecho penal.³⁶

³³ Así CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 131 y ss).

³⁴ Véase Capítulos I y II *supra*.

³⁵ Cfr. *supra* Cap. I y Cap. II, n. 1.

³⁶ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 172; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 22-23. De expansión

En virtud de la permeabilidad, maleabilidad y vulnerabilidad de esos conceptos, todo puede ser convertido en *bien jurídico-penal* y pasar a contar con ese tipo de protección normativa, sin ninguna preocupación con el carácter fragmentario y subsidiario (de *ultima ratio*) exigible en ese nivel de tutela (particularmente cuando la reacción estatal involucra la libertad).

Se señala, por ello, que la indebida *expansión o hipertrofia* punitiva está muy vinculada a la facilidad de creación de “nuevos bienes jurídico-penales”,³⁷ lo que es consecuencia directa de la imprecisión o vaguedad de los conceptos existentes. Es verdad que la hipertrofia penal tiene sus recientes raíces en múltiples factores³⁸ –(a) en la instrumentalización política del Derecho penal; (b) en la –prioritaria– protección de los bienes jurídicos supraindividuales;³⁹ (c) en el predominio de la idea de prevención–, pero, se apunta como base común la indeterminabilidad

del Derecho penal también nos habla ahora SILVA SÁNCHEZ, en libro con ese título, donde estudia las causas de tal expansión. Vid. aún el Cap. I, *supra*.

³⁷ “Creación de nuevos ‘bienes jurídico-penales’, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización, los principios político-criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término ‘expansión’: así, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 17-18.

³⁸ Cfr. SCHEERER, *A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal), Do caráter subsidiário do Direito penal*, p. 14. Las consecuencias nefastas de la hipertrofia serían, según el mismo autor: (a) no se conoce más límites; (b) el Derecho penal es un “cordero de la política”; (c) se ha transformado en el Derecho penal del riesgo (de instrumento protector del ciudadano se vuelve en riesgo para él). En el texto se habla de “recientes raíces” porque se sabe que otras fueron las causas de la hipertrofia del Derecho penal en el pasado.

³⁹ Sobre la protección de los intereses supraindividuales (generales o colectivos/difusos) cfr. GONZALEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores*, p. 79 y ss. y especialmente SGUBBI, *Tutela di interessi diffusi, La Questione Criminale*, p. 441 y ss., que ha acuñado la expresión intereses difusos.

conceptual del bien jurídico, lo que derivó desgraciadamente en su propia “perversión”.⁴⁰

Ello confirma que hasta ahora la teoría del bien jurídico no sólo no ha logrado cumplir en toda su plenitud su primordial papel de servir de límite al “*ius puniendi*” o de materializar un concepto garantista de delito,⁴¹ sino que, con relativa facilidad, en la medida en que depende de una valoración históricamente condicionada, resultó *instrumentalizado* en las manos “de las capas sociales dirigentes de la colectividad estatal”.⁴²

Aunque se acepte la idea que aquí sostenemos de que el crimen constituye un comportamiento que deba producir *una ofensa a un bien jurídico*, justamente porque lesiona o puede poner en peligro concreto determinados *bienes* de trascendental importancia para la convivencia de la persona en comunidad, si no se conoce (o no se conoce bien) el exacto origen, la naturaleza y dimensión del objeto de protección (es decir, *¿qué se entiende por bien jurídico-penal protegible?*), se abre posibilidad al abuso, en detrimento siempre de las libertades y garantías individuales.

⁴⁰ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 49, que ha denunciado la posibilidad de abusarse del Derecho Penal por medio de la instrumentalización de la categoría del bien jurídico: “De este modo se abusa del Derecho penal como sistema de represión en defensa de algunas minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales ... a la propiedad privada, por ejemplo, con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud etc”.

⁴¹ Véase ROXIN, *Derecho penal-PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 67, que, entre tanto busca demostrar las varias concepciones discrepantes en la doctrina que niegan a la idea de protección de bienes jurídicos la capacidad para determinar el concepto material de delito.

⁴² Cfr. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 49 y ss. Sobre el destacado conflicto ideológico que caracteriza el bien jurídico cfr. por todos SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, passim.

De poco sirve la construcción de un sistema liberal de garantías (de límites), si después el legislador puede, sin ningún constreñimiento, ser autoritario en la elección del bien jurídico.

La doctrina a menudo no deja de apuntar algunas “vulneraciones” al principio de la exclusiva protección de bienes jurídicos y al principio de ofensividad, y ello significa que no siempre están justificados o legitimados los procesos de criminalización llevados a efecto en la actualidad. Así los supuestos de los delitos con víctima difusa,⁴³ de peligro abstracto,⁴⁴ de algunos delitos sexuales⁴⁵ etc.

Algunas de las críticas no proceden, pero justamente porque vive el Derecho penal una aguda *crisis* (de legitimidad, de eficacia, de operatividad),⁴⁶ incumbe a la doctrina dedicar todo su esfuerzo, en el sentido de descubrir cuál será el mejor camino dentro del sistema penal (ya que no se ha encontrado todavía nada mejor, a pesar de la clásica fórmula de Radbruch)⁴⁷ para conciliar el *ius libertatis* con el *ius puniendi*.⁴⁸

⁴³ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 291.

⁴⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 266.

⁴⁵ En ese sentido ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho penal-PG. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 52 y ss.

⁴⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 21 y ss.; véase aún FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 15-19. De cualquier modo, la verdad es que la tan decantada “crisis del Derecho penal” no es nueva: cfr. DE LA CUESTA AGUADO, *Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto*, RDPC, 1996, p. 138 y 140.

⁴⁷ Ya há nacido ese algo distinto del Derecho penal, pero no es en absoluto algo mejor que el Derecho penal: así NAUCKE, *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado*, en *La insostenible situación del derecho penal*, dir. C.M. Romeo Casabona, p. 549.

⁴⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 281 y ss., que señala las tensiones que el Derecho penal produce precisamente porque los intereses que están en su base son contrapuestos, conflictivos.

Y ello significa evidentemente no abandonar el discurso de las *garantías*, porque, según Ferrajoli,⁴⁹ “con independencia de nuestro optimismo o pesimismo no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Éste es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia”.

En los supuestos en que el legislador no señala con claridad el bien jurídico protegido, esa tarea incumbe al intérprete y aplicador de la ley. La conclusión no puede impresionar porque tradicionalmente y en diversas ocasiones ya es la doctrina la que se ha encargado de delimitar el bien jurídico en cada supuesto concreto.

Si la conclusión es la de que tenemos que proseguir en la “lucha” para la contención del derecho estatal de punir, entonces debemos, con Octávio de Toledo y Ubieto,⁵⁰ afirmar que, más allá de la exclusiva protección de bienes jurídicos, los dos otros límites que el ejercicio del poder punitivo estatal no puede superar son: (a) la Constitución; (b) los principios de subsidiariedad y fragmentariedad (de *ultima ratio*).

Él explica: “las leyes penales no pueden amparar con sus normas intereses incompatibles con los acogidos por la Constitución. Ni tampoco pueden proteger aquellos otros que, siendo constitucionalmente viables, reciben tutela bastante por parte de las demás ramas del Derecho. De manera que, en relación con este último, que si para llevar a cabo el control social que

⁴⁹ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 34.

⁵⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*. ADPCP, 1990, p. 9.

pretende el Derecho, se observa que son suficientes otros mecanismos jurídicos menos traumáticos que los penales, se tiene que recurrir a aquellos y desechar estos”. A pesar del sentido *negativo*, los límites indicados no son superfluos.⁵¹

En torno a las premisas hasta ahora sentadas (que la misión del Derecho penal del *ius libertatis* en un Estado social y democrático de derecho es la de protección de bienes jurídicos, y no la tutela de la moral, la ética, la religión, la ideología, los valores culturales como tales, etc.; que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos debe cumplir tanto una función político-criminal como dogmática; que constituye un límite al legislador así como al intérprete y aplicador de la ley; que su función no es ejercida sólo de forma positiva (indicativa), sino sobre todo de modo negativo; que la Constitución y los principios de ofensividad y intervención mínima configuran importantes limitaciones negativas que no pueden ser rebasadas por el legislador) parece haber un cierto consenso.

El gran problema, entonces, continua siendo la revelación del “*núcleo esencial*” del concepto de bien jurídico. Justamente con relación a su “*objeto*” (en consecuencia, sobre el *objeto de la ofensa*) aún subsiste una enorme controversia. Precisamente por ello se reconoce su débil capacidad para servir de límite al legislador ordinario en el importante momento político-criminal de la tipificación de la conducta.

De cualquier manera, como advierte Gómez Benítez,⁵² “no es de extrañarse esa dificultad, si se tiene en cuenta que en torno al contenido y significado

⁵¹ Así OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos*, ADPCP, 1990, p. 10.

⁵² Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del “bien jurídico” (Aproximación al ilícito penal)*, RFDUC, 1983, p. 85.

de la teoría del bien jurídico gira no sólo la sistemática de los hechos punibles y gran parte del contenido material del delito, sino también toda una teoría de la pena y de la legitimación del *ius puniendi* del Estado”.

Sentada la complejidad que encierra la teoría del bien jurídico, dos serían los *cometidos inmediatos* que podrían orientar las investigaciones: (a) encontrar un concepto de bien jurídico que pueda abarcar no sólo los clásicos bienes individuales (vida, patrimonio etc.) sino también los característicos de la sociedad industrializada y tecnológicamente avanzada (supraindividuales) y (b) concretizar con la máxima claridad los límites que el legislador no puede superar en el momento de definir el contenido del bien jurídico.

El concepto que se elabore, así, tendrá que reunir dos básicas condiciones, además de las funciones que tradicionalmente le son asignadas: por una parte *riqueza de contenido*, por otra *autoridad frente al legislador ordinario*: “la primera servirá para designar qué bienes pueden llegar a gozar de la protección penal; la segunda para evitar que el límite sea ilusorio, ya que si se deja en manos del legislador ordinario la determinación de qué es lo que se considera vital, el límite habrá dejado de existir”.⁵³

Ahora bien, en el momento de formularse una concepción del bien jurídico, la doctrina actual se remite a contenidos “formales” o “funcionales”⁵⁴ como “bienes vitales”, “intereses esenciales de la vida en

⁵³ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, p. 11.

⁵⁴ Sobre la inidoneidad de las diversas definiciones de bien jurídico, que no han logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido, cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 54 y ss. y especialmente p. 70.

comunidad”, “condiciones esenciales para un correcto funcionamiento de los sistemas sociales”, “valores fundamentales para el desarrollo de la personalidad”, condiciones de la vida en común etc.

Precisamente porque no llegan a expresar un contenido “material”, de ellos no se puede esperar prácticamente nada de positivo. Sobre todo, que cumpla la función de *garantía* o de *límite* al “ius puniendi”, tal como le señala la doctrina.

Si se considera que todo tipo de Estado o de régimen político ya utilizó del concepto de bien jurídico para concretizar sus finalidades y convicciones, incluyendo el nazismo cuyos autores en primer lugar rechazaron tal concepto, pero, después, no tuvieron dificultades para aceptarlo,⁵⁵ se puede confirmar su naturaleza exclusiva o tendencialmente “*formal*”, de tal modo que se presenta útil para cualquier modelo de Política criminal.

Ya se ha hablado entonces de un *dogma polivalente* (Mantovani), que está siempre a disposición sea de una comunidad política fundada en la democracia y en el respeto a los derechos humanos fundamentales de la persona, sea de un sistema totalitario, que convierte en “bienes jurídicos” los “intereses” y “valores” de su particular conveniencia, aunque no merezcan tal concepción.

El Proyecto de Código Penal alemán de 1962 constituye otro ejemplo de “*relativización*” del concepto de bien jurídico. Para justificar la incriminación de las relaciones homosexuales entre adultos se decía que “si en el mayor número de casos las normas penales sirven a la tutela de bienes

⁵⁵ Cfr. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 164 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 268; PRADO (Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, p. 36).

jurídicos, ello no impide que puedan ser amenazadas con pena determinadas hipótesis de comportamientos particularmente reprobables desde el punto de vista ético, execrable conforme al común convencimiento, que, sin embargo, no causen lesión a ningún bien jurídico inmediatamente determinable”.⁵⁶

Una posición más radical es la adoptada por el *marxismo ortodoxo*, según lo cual el Derecho penal no trata de proteger bienes jurídicos generales ni valores éticos básicos, sino que sirve de instrumento a la clase privilegiada para explotar a la trabajadora.⁵⁷

Un breve análisis de la *historia* del concepto de “bien jurídico”⁵⁸ puede explicar, por otro lado, las claves de su “inocuidad político-criminal”⁵⁹ hasta ahora.

Es discutible, desde luego, si nació con la pretensión de servir de límite al legislador o como una crítica a la concepción precedente *iluminista* de que el delito era una violación a un *derecho subjetivo*. Es seguro, por otra parte, que no ha desarrollado la función de contención del poder punitivo con las posteriores orientaciones naturalistas, positivistas, neokantianas o valorativas.⁶⁰ Para algunos, es más bien una “pantalla” para la protección

⁵⁶ *Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung*, Bonn, 1962, p. 367, citado por GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 41. La admisión de la posibilidad de sancionarse penalmente las relaciones homosexuales entre adultos es abominable y viola el Derecho penal del principio de ofensividad. Desde la perspectiva del derecho español, jamás se ha criminalizado tal conducta que, en casos muy particulares, de trascendencia pública, podría configurar el delito de “escándalo público”.

⁵⁷ Sobre las tesis del marxismo ortodoxo cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 55.

⁵⁸ Para un resumen de esta historia cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 128 y ss.; cfr. también PRADO (Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e Constituição*, p.25 y ss).

⁵⁹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 268.

⁶⁰ Sobre las orientaciones citadas cfr. la evolución conceptual del bien jurídico en ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 20-101. Véase aún MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 128 y ss.

de todo tipo de intereses, especialmente los de los sectores influyentes. Todas las concepciones del bien jurídico que admiten que él es “una realidad valorada positivamente” no han cumplido ninguna función de garantía.

A tal punto llegaron las dificultades y la sensación de inutilidad del concepto de bien jurídico en Derecho penal que han permitido surgir, en un determinado momento, un debate sobre la conveniencia o no de su mantenimiento.⁶¹ Los márgenes del debate se centran en lo siguiente:

¿debemos mantenerlo o abandonarlo?⁶²

Coinciden las corrientes opuestas en que el legislador debe seguir algunos criterios en el momento de la realización de su tarea de ampliar o restringir el ámbito de lo punible. La diferencia reside en la elección sobre cuál será el punto de referencia del Derecho penal.

Uno de los más frecuentes argumentos esgrimidos para abandonar el concepto referido consiste para algunos autores en la creencia [muy cuestionable] de que no todos los delitos constituyen una ofensa a un bien

⁶¹ En fechas recientes, las más duras críticas al concepto de bien jurídico en Derecho penal, como sabe, proviene del funcionalismo “radical”, liderado por JAKOBS, para quién la pena no repara bienes, sino que confirma la vigencia de la norma. El Derecho penal, en consecuencia, no puede reaccionar frente al hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma (*Derecho penal-PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 45 y ss). Para una crítica a la teoría de JAKOBS en el sentido de que la función del Derecho penal es la de protección de la vigencia de la norma, cfr. POVEDA PERDOMO, “Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma” in *Actualidad Penal*, 1998, p. 407 y ss. Sobre la insuficiencia epistemológica del funcionalismo, cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 447-452.

⁶² En la opinión de DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, p. 146, el concepto de bien jurídico debe ser preservado con cuidado, pero, es cierto que no sólo existen bienes ilegítimos como existen incriminaciones que no tutelan bienes como objeto de una agresión lesiva. Menciona el autor como categorías que ponen en juego el bien jurídico: la tutela de intereses difusos y colectivos, bienes universales, supraindividuales, delitos de amplio espectro, de ofensa acumulativa, tutela de funciones e instituciones, normas de organización, delitos de escopo, delitos-obstáculo, bienes instrumentales, delitos artificiales, sin víctima, sin ofensa, sin bien jurídico, supuestos de Derecho penal simbólico, delitos de sospecha, de mera trasgresión, de desobediencia etc. (cfr. infra Capítulos IV, V y VI).

jurídico.⁶³ En la teoría del bien jurídico, según palabras de Antolisei,⁶⁴ “hay un innegable fundamento de verdad, pero su importancia ha sido exagerada por la doctrina”. La dificultad de identificar el bien jurídico en muchos supuestos de hecho, por otro lado, explica “cómo en la doctrina existe una notable tendencia de sustituir la noción tradicional de objeto de la tutela penal por la de *scopo della norma* (o la *ratio* de la incriminación), la cual ofrecería una dirección más segura y más completa para la interpretación de la ley”.⁶⁵

La tesis de la existencia de delitos sin bien jurídico no puede, entre tanto, ser compartida.⁶⁶ Tampoco la que confunde el bien jurídico con la *ratio* de la incriminación.

Pesen a los ataques, críticas y pretensiones de abandono, continúa la mayoritaria doctrina —y correctamente, según nuestro punto de vista— admitiendo la teoría del bien jurídico tanto como *límite político-criminal* (función de garantía) cuanto como referencia obligatoria en la *teoría del delito* (función de interpretación y sistemática).

Denso y nada despreciable, en efecto, es el esfuerzo realizado hasta ahora justamente para alcanzar la *meta* final de descubrir un criterio seguro, fiable, una barrera infranqueable a la actividad punitiva del legislador (que

⁶³ Sobre la tesis de que no todos los delitos constituyen una ofensa a un bien jurídico cfr. —en sentido crítico— GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 37 y ss. Serían delitos sin ofensa a un bien jurídico, conforme MANTOVANI (Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, RIDPP, 1997, p. 325 y ss.): los llamados delitos-obstáculo y delitos de dolo específico; son delitos eventualmente sin ofensa al bien jurídico los delitos de peligro presunto y abstracto.

⁶⁴ ANTOLISEI, *Manuale de diritto penale-PG*, p. 178.

⁶⁵ Cfr. ANTOLISEI, *Manuale de diritto penale-PG*, p. 179.

⁶⁶ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 404, que señalan: lo que parte de la doctrina llamada de delito sin víctima o víctima difusa, es en verdad un delito de víctimas indeterminadas (v. especialmente p. 412).

en la realización de esa tarea puede convertirse en Leviatán). De lo expuesto se deduce que el concepto de bien jurídico continua siendo concebido “como punto fijo de referencia”⁶⁷ del sistema penal.

Desde la formulación inicial del *Iluminismo* que ha concebido el concepto liberal de bien jurídico y lo identificaba en un *derecho natural subjetivo* (momento en que surge la ecuación: delito = ofensa a un derecho subjetivo) hasta llegar a las actuales tesis constitucionalistas, sociales y sociológicas, pasando por las más distintas orientaciones (positivistas, neokantianas)⁶⁸ y fases (incluso de total “espiritualización”⁶⁹ o de “vulgarización” del concepto), se ha recorrido un largo camino.⁷⁰

La lección más relevante que se desprende del “conocimiento del pasado” es la siguiente: para que el bien jurídico pueda cumplir en su integridad las múltiples funciones que se le señalan (de límite y dogmáticas), es evidente la necesidad de una formulación conceptual que le permita, desde luego, *diferenciarse* de la *ratio legis* (la finalidad objetiva de la norma que no tiene por qué coincidir con el bien jurídico tutelado por la norma).⁷¹

⁶⁷ La locución es de JAKOBS, que no obstante niega que el bien jurídico ocupe la centralidad del sistema penal (*Derecho penal-PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 55 y ss).

⁶⁸ El neokantismo precisó la distinción entre ciencias de la naturaleza y ciencias del espíritu. La ciencia del Derecho, como ciencia cultural o del espíritu, debe seguir una “actitud referida al valor”. Sobre el neokantismo como parte de la historia de la evolución del concepto del bien jurídico cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 20-101; MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 128 y ss.

⁶⁹ En contra de la consideración de los bienes jurídicos como “valores culturales” (teoría espiritualista) cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, Sobre la teoría del “bien jurídico” (Aproximación al ilícito penal), *RFDUC*, 1983, p. 85 y ss.

⁷⁰ Cfr. sobre la evolución conceptual del bien jurídico ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 20-101.

⁷¹ Véase la crítica que AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 173, hace al pronunciamiento del Tribunal Constitucional (STC 55/1996), en la que subraya la prioridad de la finalidad de la norma, sin que le importe el bien jurídico. Afortunadamente, acrecienta, el Tribunal Constitucional ha rectificado esta postura en la STC 161/1997.

Si el bien a ser tutelado preexiste a la norma, no cabe duda que se distingue de la *ratio legis*. Ley, norma y bien jurídico no son lo mismo: el legislador, ante todo, en las relaciones sociales, encuentra el objeto de tutela; para ello crea la norma que es deducible de la ley.⁷²

Ahora bien, toda ley tiene una *ratio*. Pero ello no significa una identidad con el bien jurídico. Distinguir el bien jurídico de la *ratio legis* también significa asumir un cambio de *método* del Derecho penal:⁷³ del técnico-jurídico (positivista, legalista, formalista), que prácticamente impedía de verificarse qué hay más allá de norma, al actual, de la ponderación,⁷⁴ mucho más complejo, en que la dogmática está estrechamente vinculada a la política criminal⁷⁵ concebida desde los planteamientos constitucionales típicos del Estado de Derecho de los derechos fundamentales.⁷⁶

⁷² Véase ZAFFARONI. *Teoría del delito*, p. 221.

⁷³ Cfr. MANNA. *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 5.

⁷⁴ El triunfo de la ponderación (método del Estado Constitucional de Derecho) sobre la subsunción (método del positivismo legalista) conduce a la preeminencia del juez: “primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez, pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá *orientar* la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirle en esta labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso (dado que precisamente no puede tener esa ‘visión’). Dicho de otro modo: los conflictos entre principios son resueltos por el juez en el caso concreto, pero no pueden ser *definitivamente* cancelados por el legislador, pues eliminar la colisión con carácter general requeriría postergar un principio en beneficio de otro y, con ello, establecer por vía legislativa una jerarquía entre preceptos constitucionales que, sencillamente, supondría asumir un poder constituyente que el legislador no ostenta” (cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 41).

⁷⁵ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, *passim*; GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, p. 105 y ss.

⁷⁶ No sólo la dogmática sino también el proceso aplicativo del Derecho sufre un cambio radical: “lejos de entenderse como una operación mecánica, pasa a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico. Desde el momento en que ha quedado claro que hay que operar directamente con valores, la operación aplicativa es todo menos mecánica, lo cual ha restituido a los jueces su papel esencial de asegurar la efectividad del orden jurídico como instrumentos cualificados e imprescindibles de éste” (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 48-49).

Para poder conceder un mínimo de consistencia a la tesis de que el delito debe ser entendido como una ofensa a un bien jurídico, se hace necesario, entonces, previamente, examinar al menos las intrincadas cuestiones (político-criminales) consistentes en saber: (a) *¿Qué se entiende por bien jurídico?*; (b) *¿El legislador cuenta o no con límites en el momento de seleccionarlo?*.

La contestación a la *primera indagación* será ampliamente desarrollada en los apartados siguientes de éste mismo Capítulo III. Su relevancia es innegable porque el delito, según la perspectiva del Derecho penal del *ius libertatis*, existe únicamente cuando el bien jurídico tutelado es efectivamente afectado, es decir, lesionado o puesto en peligro concreto.

Las conductas consideradas en los tipos penales, en consecuencia, no son tan sólo, o no lo son en absoluto, como ha expresado Octavio de Toledo y Ubieta,⁷⁷ “meros quebrantamientos de deberes (de lealtad, de fidelidad, de jerarquía, de obediencia, del cargo, de la profesión u oficio, funcionariales, empresariales, comerciales, matrimoniales, paterno-filiales, para con el Estado, para con el Fisco, para con la Autoridad etc.), sino que han de ocasionar, precisamente, la perturbación (en cuanto a lesión o puesta efectiva o potencial en peligro) de los intereses amparados por las normas sancionadoras”.

Debido al *principio de ofensividad* resulta imposible al legislador configurar como delito una mera desobediencia o una simple transgresión

⁷⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ADPCP*, 1990, p. 6.

de una norma o de un deber jurídico.⁷⁸ Ni siquiera es delito la conducta formalmente típica pero sin ningún resultado ofensivo.⁷⁹

Por otro lado, precisamente porque el delito debe siempre tener como resultado (“jurídico”) una lesión o al menos un peligro efectivo para el bien jurídico, tiene el legislador que respetar la exigencia de la *visibilidad* o *perceptibilidad* del bien jurídico, que no puede ser vago, indeterminado o indefinido, es decir, de “*amplio espectro*”, de tal manera que no sea susceptible de afectación.

El bien jurídico para poder ser tutelado por medio del más temible instrumento de control que es el Derecho penal necesita cumplir esa calidad *extra* que es la posibilidad de “afectación” o, en terminología alemana, la “perceptibilidad” (*Greifbar*), que significa la capacidad de ser ofendido, es decir, lesionado o puesto en peligro (capacidad de tutela, en lenguaje de Mayer).⁸⁰

Siendo el *bien jurídico* el término de referencia del *principio de ofensividad*,⁸¹ ya no cabe discutir la *intercambialidad* y *reciprocidad de implicaciones* entre las dos categorías.⁸² Si bien es cierto que el concepto de bien jurídico debe aspirar a cumplir el papel de límite al legislador, no lo

⁷⁸ La solución de radicar la esencia del delito en la desobediencia, en la infracción de deberes, sin cuestionar el contenido del deber que se incumple o del imperativo que se desobedece, como con razón ha afirmado TERRADILLOS BASOCO, in *La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal*, *RFDUC*, 1981, p. 124, significaría escamotear el problema de la función del Derecho penal.

⁷⁹ Cfr. *infra* Cap. VI, n. 3.

⁸⁰ Cfr. *infra* en éste Cap. III, n. 6.

⁸¹ Cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 3.

⁸² Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 290.

es menos que el de *ofensividad*, en una de sus dimensiones, aparece precisamente como límite al contenido del concepto de bien jurídico.

Si se comprende que el objeto de la tutela penal sea algo aprehensible y susceptible de *ofensa*, es decir, *de lesión* (o, al menos, de la puesta en peligro) y que tenga la capacidad de *concretamente* ser afectado (disminuido, destruido, menoscabado o puesto en concreto riesgo) por la conducta del sujeto, ello significa un avance extraordinario en la larga e incansable labor de imponer límites a la categoría del bien jurídico y, consecuentemente, al “*ius puniendi*”.

En lo que concierne a la *segunda indagación*, si se parte de la tradicional idea positivista (formalista) de Binding de que el legislador cuenta con total libertad en la creación del bien jurídico, sin ningún tipo de restricción,⁸³ de nada valen las limitaciones y tampoco cualquier discurso jurídico en ese sentido.

Luego, es presupuesto lógico de todo discurso garantista suponer que el legislador, a pesar del margen de libertad en el ejercicio de su competencia de selección de bienes jurídicos, margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (STC 55/1996), está vinculado a la Constitución y a los principios político-criminales que dimanar de ella. Dentro del Estado social y democrático de derecho, por supuesto, corresponde en exclusividad

⁸³ Sobre el positivismo normativista de Binding, desde una óptica crítica cfr. HORMAZÁBAL MALAREE. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 54 y ss.

al legislador el diseño de la política criminal, pero sometido a las restricciones que le impone y que se derivan del Texto Constitucional.⁸⁴

Es en el plano legislativo o político-criminal (momento de la criminalización primaria), en efecto, que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos puede cumplir su *función de garantía o de límite* a la actividad sancionadora del Estado, cuya “vocación autoritaria” es histórica, como puso en relieve los autores del Iluminismo.

De cualquier modo, si consideramos que ese mismo principio está destinado también a realizar otras funciones *dogmáticas* (interpretativa o exegética y sistemática), vamos a concluir que incluso en el nivel de la interpretación y de aplicación de la ley éste ha de cobrar indiscutible relevancia.⁸⁵ Está vocacionado a ser un principio vinculante frente al legislador, como también frente al poder judicial en el momento de la interpretación y aplicación de la ley penal. En eso reside la llamada “*doble virtualidad*” del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.⁸⁶

Ahora bien, sólo se puede pretender que el referido principio desarrolle hasta sus últimas consecuencias las mencionadas funciones (político-criminal y dogmática) en un Estado que también en gran parte represente efectivamente la confluencia de las conquistas históricas liberales (Estado liberal), sociales (Estado social), participativas (Estado democrático),

⁸⁴ El legislador ya no es, según el modelo del Estado Constitucional de Derecho, “la viva voz del soberano (...) ha de ajustar su política a las exigencias constitucionales, en ocasiones imprecisas y contradictorias, pero en todo caso fiscalizadas por el Tribunal Constitucional” (cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 37).

⁸⁵ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 311.

⁸⁶ Véase AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 168.

constitucionales (Estado constitucional de derecho) e internacionales (Estado de los derechos y garantías fundamentales).

En la correcta observación de Octavio de Toledo y Ubieta,⁸⁷ “la configuración del Estado es el punto de partida para que la aludida función del bien jurídico en el plano legislativo pueda efectuarse y, a través de ella, quepa trazar un cierto límite al ejercicio del poder punitivo estatal”.

2. Evolución histórico-conceptual de la noción de bien jurídico

2.1 El delito como ofensa a un derecho subjetivo

Debemos subrayar, al iniciar el análisis evolutivo del concepto de “bien jurídico”,⁸⁸ que no será extenso como debería serlo porque ello excedería con mucho las pretensiones de este trabajo, que tal concepto, con ese nombre, no surge en la doctrina liberal clásica del Iluminismo, que ha

⁸⁷ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ADPCP*, 1990, p. 8. El autor bien sintetiza las evoluciones de los varios modelos de Estado y concluye que la evolución del concepto de bien jurídico tiende a seguir *pari passu* las características de cada uno (p. 9 y 12-14). Aún sobre el vínculo entre la estructura del delito y el tipo de Estado cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 290 y ss. Para CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 80), “la concreción del concepto de bien jurídico con función limitadora del poder punitivo, no puede ser indiferente a la evolución de un Estado de Derecho formal, mero garantizador (formal) de las libertades, no intervencionista, para un Estado de Derecho que se pretende material, democrático y social. Así, la nueva concepción de Estado y las nuevas realidades sociales deberán ejercer influencia determinante en la definición de los bienes jurídicos a ser tutelados por el Derecho penal”.

⁸⁸ Cfr. sobre la instauración terminológica y dogmática del bien jurídico en la esfera penal y su posterior evolución POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 107 y ss. Aún con relación a la evolución del concepto de bien jurídico: SINA, *Die dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*, p. 129 y ss.; HASSEMER, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, p. 25 y ss.; NÁQUIRA RIVEROS, *Derecho penal. Teoría del delito I*, p. 74 y ss.; URQUIZO OLAECHEA, El bien jurídico, *RPCP*, 1998, p. 813 y ss.; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. PG, nociones introductorias. Teoría del delito*, p. 46 y ss.; PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio programático de la parte general*, p. 67 y ss.

construido (de forma clara, con Feuerbach)⁸⁹ la noción de crimen como “*una injuria contenida en la ley penal, o una acción contraria al derecho del otro, conminada en una ley penal*”.

El delito, así como el Derecho penal, coherentemente con el nuevo ideario filosófico y político, fundado en el principio de prioridad del individuo frente al Estado, en el reconocimiento de derechos naturales que el Estado debe proteger y en la racionalidad humana,⁹⁰ se estructura en la idea de *lesión a los derechos subjetivos*.⁹¹ Y puesto que la conservación de los derechos es el objetivo general de las leyes penales, “serán objeto de sus conminaciones protectoras tanto los derechos de los súbditos, como también los derechos correspondientes al Estado (como persona moral)”.⁹²

Fundamento jurídico de la pena, por otro lado, “es la concordancia de la misma con la libertad jurídica del conminado, así como la necesidad de asegurar los derechos de todos es la razón que funda la obligación del Estado a conminar penalmente (...); luego ‘toda pena jurídica dentro del Estado es la consecuencia jurídica, fundada en la necesidad de preservar los derechos externos, de una lesión jurídica y de una ley que conmine un mal sensible’ ”.⁹³

⁸⁹ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Zaffaroni y Hagemeyer, p. 64.

⁹⁰ Cfr. CARVALHO (Taipa, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito penal, Análise histórica, sentido e limites*, p. 48).

⁹¹ Sobre el esfuerzo del Iluminismo para elaborar un contenido material del injusto y así crear límites al legislador cfr. RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 330.

⁹² FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Zaffaroni y Hagemeyer, p. 65.

⁹³ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, trad. de Zaffaroni y Hagemeyer, p. 62-63.

La dañosidad social, como tercera nota característica del crimen, mereció en Beccaria numerosas referencias:⁹⁴ “*La única y verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la nación (...); el daño hecho a la sociedad es la verdadera medida de los delitos*”.

Uno de los más representativos autores de la Escuela Clásica, Carrara,⁹⁵ en no pocas ocasiones proclamó el *modelo de delito como violación de un derecho subjetivo*:⁹⁶ “*el delito es un ente jurídico porque su esencialidad debe consistir necesariamente en una violación de un derecho; no se puede hablar de delito sino en las acciones que ofenden o amenazan los derechos de los co-asociados; delito es un hecho exterior lesivo de derecho o peligroso al mismo*”.

El delito como *ofensa a derechos subjetivos* (del individuo o de la república),⁹⁷ la *dañosidad social* y la *necesidad de la pena*⁹⁸ reflejan el contenido esencial de los límites de la intervención estatal, cuya misión principal es la de asegurar la coexistencia entre los seres humanos, que solamente pueden ser sancionados cuando la conducta cause una lesión a

⁹⁴ BECCARIA, *De los delitos y de las penas con el comentario de Voltaire*, p. 37-39.

⁹⁵ CARRARA, *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte generale*, p. 28 y ss.

⁹⁶ Sobre ese modelo de delito cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 292 y ss.

⁹⁷ HOMMEL, citado por ROXIN (“*Problemas básicos del Derecho penal*, p. 46, nota 43), definía el delito o injusto como “sólo aquello con lo que privo directa e inmediatamente de algo al prójimo individual o... a la res publica”.

⁹⁸ Toda pena (ya decía MONTESQUIEU) que no deriva de la absoluta necesidad, es tiránica. BECCARIA, después de hacer alusión a esa proposición, desde una premisa más general señaló: “todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico. Veis aquí la base sobre la que el soberano tiene fundado su derecho para castigar los delitos: sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad, y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos”. Cfr. aún sobre la necesidad y proporcionalidad de la pena CARRARA, *Programma del corso di Diritto Criminale. Parte generale*, p. 32-33.

derechos (subjettivos) de otra persona (con lo cual se impide la punición de actos puramente inmorales o pecados).⁹⁹

Se reconoce que una buena síntesis del pensamiento “criminal” iluminista fue acogida en los artículos 5.º y 8.º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) en sus expresiones: “*La loi n’a le droit de defendre que des actions nuisibles a la société*” y “... *ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires...*”.

Contractualismo (el contrato social como fundamento del derecho de punir), *utilitarismo* (la pena como medio de defensa de la sociedad), *legalismo* (que los delitos y las penas sean descritos en la ley¹⁰⁰ y que el juez se halle a ella vinculado de manera rígida) y *secularización* (autonomía del derecho frente a las leyes divinas y al poder religioso), al lado de la *lesión a derechos subjettivos*, *dañosidad social* y *necesidad de la pena*, configuran la mayor parte de los enunciados básicos de la política criminal clásica y liberal, que históricamente surge contra la arbitrariedad de la justicia (del “Ancien Régimen”), la instrumentalización política del “ius puniendi”, la carencia de garantías (substanciales y procesales), el casuismo y la crueldad de las penas.¹⁰¹

⁹⁹ Así, NATSCHERADETZ, *O Direito penal sexual: conteúdo e limites*, p. 94.

¹⁰⁰ El principio de legalidad (“*nullum crimen nulla poena sine lege*”) como ampliamente se reconoce fue enunciado primeramente por FEUERBACH (*Tratado de Derecho penal*, p. 63): “Toda imposición de pena presupone una ley penal (*‘nulla poena sine lege’*) (...) la imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*‘nulla poena sine crimine’*) (...) el hecho legalmente conminado está condicionado por la pena legal (*‘nullum crimen sine poene legali’*)”.

¹⁰¹ Cfr. CARVALHO (Taipa, *Condicionalidade sócio-cultural do direito penal, análise histórica, sentido e limites*, p. 49 y ss.). El programa de Beccaria, por ello, “no es una mera propuesta de humanización y racionalización de la justicia y de suavización de los castigos; a lo largo de su discurso se desvela una profunda crítica de la arbitrariedad asentada en las diferencias y privilegios, y su oposición a una estructura aristocrática y feudal que obstaculizaba el desarrollo industrial y la libertad de comercio. Las propuestas de reforma penal responden a una nueva visión del mundo, de la persona humana, y de las relaciones Estado-ciudadano” (cfr. ASÚA BATARRITA,

2.2 La formulación de BIRNBAUM

Cuando la burguesía ascendiente ha logrado una cierta autonomía y hegemonía (política, económica y social) de revolucionaria se transforma en conservadora; la soberanía del pueblo pasa a ser la soberanía del gobernante; el pensamiento racional abstracto se sustituye por la comprensión del mundo histórico.

Así nace la Escuela Histórica y el derecho positivo pasa a ser la única realidad y objeto de la ciencia jurídica (incluso porque cuenta con una justificación inmanente).

Es en este contexto en el que Birnbaum (1834) publica un artículo muy conocido en que decía: *“de acuerdo con mi parecer, si se quiere tratar el delito como lesión, lo esencial es, y pongo el acento en ello, relacionar necesariamente este concepto con arreglo a su naturaleza, no con un derecho, sino con un bien (...) es siempre el bien, no el derecho, el que se ve disminuido”*.¹⁰²

No ha hablado directamente de “bien jurídico” (*Rechtsgut*), pero indiscutiblemente fue el primero en introducir en el Derecho penal la idea de “bien” como objeto de tutela (un bien material), en contraposición con la doctrina de la Ilustración que veía en la *dañosidad social* y en la *violación*

Reivindicación o superación del programa de Beccaria, en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, p. 13).

¹⁰² Cfr. BIRNBAUM, Über das Erfordernis eines Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Eherkrankung, apud HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 27.

de derechos subjetivos (*Rechtsverletzung*) los fundamentos de la punición estatal. Los derechos, en cuanto tales, no pueden ser lesionados ni puestos en peligro. Exclusivamente el “bien”, en su “realidad existencial” puede serlo.

La divergencia que existe respecto a la construcción de Birnbaun consiste en saber si su teoría del “bien” está en la misma línea liberal del pensamiento iluminista (opinan a favor de esa “continuidad” Sina y Marx) o si abandonó la configuración garantista limitadora del “ius puniendi” (afirman que se ha producido una “ruptura” Amelung y Mir Puig).¹⁰³

Para Hormazabal Malaree,¹⁰⁴ si comprobamos que el “bien” en la construcción de Birnbaun no es más que un objeto valorado y que el sujeto valorante es el Estado, se puede concluir que la teoría del “bien” surge como un instrumento restaurador del Estado, que conquista la posibilidad de incriminar toda conducta que se juzgue perturbadora de la estabilidad social.

Una valoración distinta es la de Costa Andrade,¹⁰⁵ para quién la obra de Birnbaun revela aquella imprecisión que marca todo pensamiento situado en períodos de transición: anticipa y anuncia una nueva realidad al mismo tiempo que presenta los estigmas del ambiente de su tiempo. La concepción de Birnbaun, en suma, ciertamente podría ser sintetizada¹⁰⁶ como una “concepción de compromiso, influenciada aún por el iluminismo, pero

¹⁰³ Cfr. MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 128.

¹⁰⁴ HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 32.

¹⁰⁵ ANDRADE, (Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundação de um paradigma dualista*, p. 52-53).

¹⁰⁶ La síntesis es de CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 50, que opina que es de rechazar tanto la tesis de la “continuidad” como la de “ruptura”, porque serían posiciones reduccionistas).

también ya por el hegelianismo, por la escuela histórica y por el positivismo moderado de Mittermayer. No abandonando completamente el individualismo, el jusracionalismo y la vertiente crítica, abre las puertas al positivismo”.

De cualquier manera, aunque de forma muy simplificada, puede decirse que con Birnbaun surge una nueva contribución para la concepción del *modelo de delito como ofensa a un bien (jurídico)*.

2.3 El bien jurídico en la perspectiva “positivista” (un concepto “omnicomprensivo”)

En la etapa siguiente de la evolución de la teoría del bien jurídico en Derecho penal,¹⁰⁷ y pasando por la fase hegeliana en que el concepto se oscurece,¹⁰⁸ tanto se consolida por una parte el referido concepto (formal) de bien jurídico, como se torna preeminente la forma positivista (y evidentemente acrítica, libre de todo juicio de valor y de toda especulación metajurídica o filosófica) de Estado y del derecho, que pasan a asumir otra posición histórica: ya no son instrumentos de tutela de la persona y de la libertad (según la tradición del Iluminismo), sino que se transforman en un fin “en sí mismos”.

En el ámbito del Derecho penal eso significa una mayor intervención del Estado, con la posibilidad de criminalizar todo lo que considere adecuado

¹⁰⁷ Sobre esa evolución cfr. también TORRÃO (Fernando, A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais, *BFDUC*, 1995, p. 548 y ss.).

¹⁰⁸ Cfr. ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 227.

poner bajo sanción. Ya “no se trata ahora de evitar conductas perturbadoras de las condiciones de vida en común, sino de proteger ‘*bienes jurídicos*’ cuya mayor o menor extensión puede ser fijada arbitrariamente por el legislador”.¹⁰⁹

Dos direcciones metodológicas distintas surgieron en este diapasón positivista: el jusracionalismo positivista de Binding y el positivismo naturalista de Von Liszt.¹¹⁰ ¿El bien jurídico es una “realidad social”? o ¿es “producto del derecho positivo conforme la voluntad del legislador?”

El primero (Binding) define el bien jurídico como “todo lo que en sí mismo no es un derecho, pero que a los ojos del legislador es de valor como condición de la vida sana de la comunidad jurídica, en cuyo mantenimiento incólume y libre de perturbaciones tiene interés desde su punto de vista y que por ello hace esfuerzos a través de sus normas para asegurarlo ante lesiones o puestas en peligro no deseadas”.¹¹¹ En suma, el bien jurídico es creado por el derecho (por el legislador).

Esa concepción, aunque con matizaciones, está presente hasta hoy en la configuración de la política criminal practicada por los Estados que se caracterizan no sólo por la libertad de selección del valor o interés objeto

¹⁰⁹ Cfr. en sentido crítico HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 36 y ss.

¹¹⁰ Sobre las divergencias entre la doctrina formal-normológica de BINDING y la doctrina de pendor naturalístico-sociológico de LISZT véase ANDRADE (Manuel da Costa, *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundação de um paradigma dualista*, p. 64-71). Véase aún: DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de aproximación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, p. 42-45; GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 13-18.

¹¹¹ BINDING, *Grundriss des deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, apud HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 41.

de la tutela, sino sobre todo por la abstracción tendencial de la persona humana como centro de desarrollo del Derecho penal.

Para Von Liszt,¹¹² por otro lado, “bien jurídico es el interés jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico... los intereses vitales resultan de las relaciones de la vida entre los mismos individuos o entre los particulares y la sociedad organizada en Estado, y viceversa... el orden jurídico delimita las esferas de acción (*Machtgebiete*) de cada uno... hace de la situación de la vida (*Lebensverhältnis*) una situación de Derecho (*Rechtsverhältnis*)... la protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la protección por las normas (*Normensschutz*). Bien jurídico y norma son los conceptos fundamentales del Derecho”.

Si para Binding el concepto de bien jurídico es exclusivamente *jurídico*, una creación libre del legislador (intra-sistemático), para Von Liszt no existiría esa libertad absoluta porque el interés vital que el Derecho transforma en bien jurídico está presente en las *relaciones sociales*. De cualquier modo, como cabe a la norma la misión de elevar el bien de la vida a la condición de bien jurídico,¹¹³ no hay duda de que se está delante de un juicio de valor del Estado.

¹¹² VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.ª ed., trad. [de la 20.ª ed. alemana] Jimenez de Asua, p. 6-7. LISZT ha concebido el Derecho penal dentro de una totalidad de ciencias penales (*gesamte Strafrechtswissenschaft*); ha distinguido con claridad la ciencia normativa, cuyo método es dogmático, de las demás ciencias penales, considerando el bien jurídico, que nace de la experiencia humana y social, como el punto de unión entre Derecho penal y Política criminal; cfr. PRADO (Luiz Regis, *Bem juridico-penal e Constituição*, p. 33).

¹¹³ Así BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal-I*, p. 57.

La tesis de Von Liszt, por ello, como concluye Hormazabal Malaree,¹¹⁴ “conduce, aunque por una vía más larga, objetivamente a la misma situación que la de Binding en cuanto al objeto de protección del Derecho penal (...) El Estado conforme a estas tesis, se constituye en el árbitro absoluto regulador de la conducta de los individuos y en el conformador y defensor de un modelo social”.

2.4 ¿Cuándo el bien jurídico deja de ser objeto de la tutela penal?

Históricamente no fueron pocas las ocasiones en que el concepto de bien jurídico fue frontalmente atacado. Existe también, por lo tanto, el Derecho penal enemigo de la idea del bien jurídico.¹¹⁵

Por primera vez ello ha ocurrido con la denominada *Scuola positiva*, que pasó a concebir el delito como síntoma de la peligrosidad individual y no como ofensa a un bien jurídico.¹¹⁶

Después, lo que se verifica en la primera mitad del siglo XX, y ello como consecuencia tanto del positivismo acrítico (legalista) como del relativismo neokantiano,¹¹⁷ es ya una instrumentalización “política” del concepto de bien jurídico que no sólo pierde enteramente su capacidad de limitar el “*ius*

¹¹⁴ HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 57.

¹¹⁵ Cfr. RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 334 y ss.

¹¹⁶ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 295.

¹¹⁷ En la teoría del bien jurídico, como expresa HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 62, “habría de traer como consecuencia la pérdida para el concepto de todo contenido real y concreto, preparándose con ello el camino de su desaparición con las corrientes del Derecho penal del nacionalsocialismo”.

puniendi”, sino que progresivamente va vaciándose, espiritualizándose, vanalizándose (los objetos de protección no existen como tales, son un producto de un pensamiento jurídico específico).

En la obra de Honig (*“Die Einwilligung des Verletzten”*, 1919),¹¹⁸ por ejemplo, el bien jurídico pasa a ser concebido como puro producto del reflejo jurídico, es decir, tiene origen normativo y se confunde con la propia *“ratio”* de la norma.¹¹⁹ Bien jurídico es el fin que ha reconocido el legislador en las prescripciones penales.¹²⁰ Luego, es creación discrecional del legislador y pierde así toda su capacidad crítica o dogmática,¹²¹ hasta el punto de no servir de obstáculo a los ideales totalitarios del nacionalsocialismo y ser prácticamente abandonado, en un primero momento, por la Escuela de Kiel,¹²² al considerarlo como una herencia del período liberal.

La noción de bien jurídico, en ese período, resulta “espiritualizada” o “volatilizada”. Es superflua porque el bien jurídico ya no revela la esencia del delito, su *substractum*, sino exclusivamente la *ratio* de la ley. El

¹¹⁸ Apud CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 64 y ss.

¹¹⁹ Cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 24-32.

¹²⁰ En sentido crítico a esta concepción puramente formal del bien jurídico cfr. RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 330 y ss., que subraya la inidoneidad del concepto para permitir una descripción del núcleo material del injusto así como para poner límites al legislador.

¹²¹ Cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 31.

¹²² Los representantes más destacados de la Escuela de Kiel fueron DAHM y SCHAFFSTEIN, que llegaron a reconocer el concepto de bien jurídico pero dándole un contenido puramente formal. Desarrollaron el llamado Derecho penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*) o Derecho penal de autor (*Taterstrafrecht*), siempre con la preocupación de legitimar el Estado nacional-socialista, porque en toda pena se manifiesta simbólicamente la dignidad del Estado; cfr. PRADO (Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 36). Véase también: POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 164 y ss.

concepto mismo de delito se transforma para ser concebido como mera lesión a la norma o violación de un deber.

Con ello ya no tiene sentido hablar de *ofensividad*, es decir, la ofensividad ya no tiene objeto. El núcleo del delito se desplaza del concepto de bien jurídico (a) a la violación de un deber o (b) al desvalor de una intención interior o (c) al quebrantamiento de la fidelidad del sujeto o (d) a la violación de un valor cultural. Todas estas teorizaciones del “bien jurídico” (sustancial, inmaterial, institucional y cultural) no representaron más que un largo eclipse del propio concepto de bien jurídico,¹²³ cuya recuperación sólo se logró después de la Segunda Guerra Mundial.

Particularmente después de los años 60 el debate sobre el bien jurídico se revitaliza, especialmente basándose en la reacción contra la “visión profundamente conservadora y moralizante” del Derecho penal.¹²⁴

En el Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966, presentado por un grupo de penalistas alemanes y suizos, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos resultaba contemplado en el § 2.º (“*Las penas y las medidas de seguridad sirven para la tutela de bienes jurídicos...*”). También estaba previsto en el art. 3.1 del Borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990 (“*La pena presupone la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos*”), pero, no forma parte del actual Código Penal

¹²³ Sobre tales conceptos cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 42-78.

¹²⁴ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 304 y ss.

español.¹²⁵ Más recientemente se ha intentado en Italia su explícita constitucionalización.¹²⁶

De cualquier manera, el más destacado intento de reintroducir el concepto de bien jurídico en la dogmática penal fue concretizado bajo la concepción *constitucionalista*.¹²⁷ Pero antes merecen referencias las teorías de carácter *sociológico*.

2.5 Teorías sociológicas sobre el bien jurídico

La primera teoría de cuño sociológico¹²⁸ que merece mención es responsabilidad de uno de los más legítimos representantes de la “Escuela de Frankfurt”, Hassemer, que dentro de la tradición liberal rechaza la pura protección del sistema sin consideración de los individuos que lo integran y

¹²⁵ No cabe duda que se ha dejado escapar una inmejorable oportunidad para hacer honor a la suprema trascendencia del principio de ofensividad: así GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, *Poder Judicial* n. 28, 1986, p. 33.

¹²⁶ Cfr. PAGLIARO *et alii*, Cenni sugli aspetti penalistici del recente progetto di riforma costituzionale, *L'Indice Penale*, mayo-agosto 1998, p. 303 y ss. y especialmente p. 318 y ss. Cfr. aún: DONINI, L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, *Critica del diritto*, p. 95 y ss. (especialmente p. 109 y ss.); LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.97, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L'Indice Penale*, 1999, p. 299 y ss.

¹²⁷ Que será enfocada en seguida, pero, no se puede dejar de recordar los trabajos de WELZEL que fueron antes publicados como reacción tanto al positivismo naturalista y sociológico como a la teoría de los valores neokantiana. Pero de cualquier modo WELZEL no llegaría a conferir gran protagonismo en su sistema a la protección de los bienes jurídicos. En efecto, para él, “la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión de los bienes jurídicos particulares” (*Derecho penal alemán*, p. 15). Aun cuando se critica WELZEL por la “etización” del Derecho Penal, se le atribuye el retorno del concepto de bien jurídico al centro de la teoría del delito (así HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 87-89). Sobre la crítica a las posiciones de WELZEL y de MAYER, véase MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 130.

¹²⁸ Sobre las teorías sociológicas cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Revisión del contenido del bien jurídico honor, *ADPCP*, 1984, p. 306 y ss.; PORTILLA CONTRERAS, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, *CPC*, 1989, p. 731 y ss.; FIANDACA, Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale, *RIDPP*, 1982, p. 59 y ss.

que fundamenta la selección de los bienes jurídicos con apoyo en una jerarquía de valores y las concretas necesidades de la sociedad, es decir, con base en la *normative gesellschaftliche Verständigung*; el legislador no está totalmente “libre” en la selección del bien jurídico, está discrecionalmente vinculado a una escala de valores.¹²⁹

Una segunda formulación de la misma índole¹³⁰ es defendida por Amelung, que propone la sustitución del concepto de bien jurídico por el de “dañosidad social” (*Sozialschädlichkeit*), razón por la cual se concibe que el delito “no es tanto un hecho que lesiona o pone en peligro un bien, sino un comportamiento socialmente dañoso”.¹³¹

La doctrina de Amelung es criticable porque coloca el concepto de delito en el centro de las teorías sistémicas (Durkheim, Parsons y Luhmann), caracterizándole como una “disfuncionalidad”.¹³²

Esa orientación “sistémica”, además, causó una profunda crisis en el concepto de bien jurídico,¹³³ en virtud de su gran capacidad de adaptación a cualquier modelo económico o político. El funcionalismo acrítico debe ser

¹²⁹ Cfr. HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale, Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 106 y ss., quien señala tres factores sociales indispensables para la existencia de un bien jurídico: frecuencia de la conducta, intensidad de la necesidad de preservar el objeto merecedor de tutela e intensidad de la amenaza contra tal objeto. Para una crítica a esa posición véase MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 36 y ss.

¹³⁰ Para una crítica a las tentativas de superación de la teoría del bien jurídico por medio de la sociología del concepto de dañosidad social, cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 76 y ss.

¹³¹ Para una valoración crítica al pensamiento de Amelung cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 40 y ss.

¹³² Para una crítica de las teorías “liberales” del perjuicio social, fundadas en la “conducta socialmente dañosa”, véase GÓMEZ BENÍTEZ, *Sobre la teoría del “bien jurídico” (Aproximación al ilícito penal)*, RFDUC, 1983, p. 98 y ss.

¹³³ Sobre el funcionalismo como sociología legitimadora del estado de bienestar véase HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 93 y ss.

rechazado precisamente porque acepta el orden jurídico dado sin entrar en consideraciones valorativas respecto de su contenido.

En el campo penal se destaca en esta línea la obra de Jakobs, para quien, siendo el representante actual de más significado de la teoría funcionalista sistémica, la pena no repara bienes, sino que confirma la norma. El Derecho penal no puede reaccionar a una lesión al bien jurídico, sino al quebrantamiento de la norma. El Derecho penal protege la vigencia de las normas. La pena tiene función preventiva general *positiva* que persigue ejercitar en la confianza hacia la norma, en la fidelidad al derecho y en la aceptación de las consecuencias.¹³⁴ El delito, por consiguiente, pasa a ser concebido como hecho antinormativo (no necesariamente antijurídico, sobre todo en su sentido material).

Una teoría positivista con una dimensión tan “neutral” (funcionalista), al no definir previamente la forma específica de su funcionamiento ni el sistema social al que será útil, no solamente puede permitir el arbitrio punitivo, sino

¹³⁴ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal-PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 9 y ss., que desarrolla la tesis de que la pena no tiene como misión evitar lesiones de bienes jurídicos, sino más bien reafirmar la vigencia de la norma. Diferente es la postura de AMELUNG, para quien el contenido del bien jurídico está condicionado por lo que es “socialmente dañoso”, pero, cabe al legislador valorar el hecho socialmente dañoso, luego, también esta construcción no presenta un referente material para limitar el “*ius puniendi*” (véase HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 112). Para una crítica a la postura de JAKOBS véase POVEDA PERDOMO, *Fundamentación material del injusto*. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma, *Actualidad Penal*, 1998, p. 412 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 26 y ss. La verdad es que “finalmente incurre este autor Jakobs en el mismo mal que critica” –véase p. 58, párrafo 25 de su *Derecho penal-PG. Fundamentos y teoría de la imputación*–, “pues el criterio de la dañosidad social no es menos vago ni menos ‘metafísico’ o ideológico que el de valor o interés social. Pues, por un lado, si admitimos la dañosidad social como ‘filtro’, la estamos convirtiendo en límite a la intervención penal y del *ius puniendi*. Pero, por otro lado, mientras con su ‘concepto funcional’ renuncia al principio de necesidad de protección de bienes jurídicos y simplifica y objetiviza dicho concepto hasta quedar reducido y confundido con el de ‘objeto de protección’, por la puerta falsa reintroduce un concepto teleológico justificador y limitador de la intervención penal fundamentado en la dañosidad social, concepto que poco se diferencia del tradicional y liberal concepto de bien jurídico” (cfr. DE LA CUESTA AGUADO, *Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto*, *RDPC*, 1996, p. 177, nota 117). Aún sobre la refutación del funcionalismo sistémico vid. ZAFFARONI, *El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales*, *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*, p. 747 y ss.

que, y tal como ha señalado con gran propiedad Muñoz Conde,¹³⁵ “conduce a la sustitución del concepto de bien jurídico por el de ‘funcionalidad del sistema social’, perdiendo así la Ciencia del Derecho penal el último apoyo que le queda para la crítica del Derecho penal positivo”.

Por otro lado, un funcionalismo de signo normativista, más allá de concebir el Derecho penal según una perspectiva de pura “eficacia” (sustancialista), puesto que para la incidencia de la sanción penal bastaría el quebrantamiento de una norma, rechaza el *principio de ofensividad*, entendido como una lesión o peligro de lesión a un bien jurídico, que debe ocupar hoy, *a latere* de otros principios garantistas, el centro del sistema penal democrático y de derecho.¹³⁶

Las orientaciones funcionalistas, en síntesis, afirman que los objetos de protección penal deben ser entendidos en su dimensión social, “como condiciones necesarias para la conservación de un determinado orden social”. La base común de las teorías sistémicas es la “dañosidad social”, que es un concepto exageradamente abierto y muy criticable. Estamos aún frente a unas nociones vagas, susceptibles de concretizaciones y carentes de una instancia mediadora capaz de conferirle operatividad. El bien jurídico parece más expresión de la *ratio legis* que del “auténtico” bien tutelado por la ley.

Una tercera corriente también de orientación sociológica se debe a Calliess, que sostiene que las sanciones penales no poseen en primer lugar la función

¹³⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal y control social*, p. 27-28. Aún sobre las críticas a la construcción de JAKOBS como una legitimación tecnócrata del sistema vigente, cfr. ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundação de um paradigma dualista*, p. 126-133.

¹³⁶ Cfr. POVEDA PERDOMO, Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma, *Actualidad Penal*, 1998, p. 419.

de privación sino la de establecer las oportunidades de participación.¹³⁷ Mir Puig,¹³⁸ en la misma línea de Calliess, concluye que el concepto capaz de limitar el Estado está en el terreno de lo social. “Bienes jurídicos, así, son las *condiciones necesarias* de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales y siempre que tales condiciones se traduzcan en *concretas posibilidades de participación* del individuo en los procesos de interacción y comunicación social”.

Pese a las evoluciones, asevera Roxin,¹³⁹ “la cuestión teórica del concepto material de delito sigue sin estar clara, pues hasta ahora no se ha logrado precisar el concepto de ‘bien jurídico’ de modo que pudiera ofrecer una delimitación jurídicamente fundada y satisfactoria por su contenido”. Gran parte de la doctrina actual cree que ese referente mediador solamente podría ser la *Constitución*.¹⁴⁰

¹³⁷ Las teorías del bien jurídico o son críticas (sitúan el bien jurídico más allá del Derecho penal) o son sistémicas (el bien jurídico es pura creación del legislador). Las tesis de Hassemer (la decisión política incriminadora del legislador está vinculada a un contexto histórico-cultural concreto) y de Calliess (las sanciones penales no tienen la función de privación, sino de establecer las oportunidades de participación) están en consonancia con el sentido crítico, pero no presentan tampoco un contenido material al bien jurídico; cfr. HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 121.

¹³⁸ MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, p. 140.

¹³⁹ ROXIN, *Derecho penal-PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 54.

¹⁴⁰ CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 113-114, apunta como seguidores de la corriente constitucional del bien jurídico Figueiredo Dias, Andrade, Taipa de Carvalho, Natscheradetz, Sax, Jäger, Roxin, Jescheck, Rudolphi, Marx, Zipf, Bricola, Musco, Angioni, Fiandaca, Pulitanó, Pallazzo, Vives Antón, Mir Puig, Polaino Navarrete, Bajo Fernández, Rodrigues Ramos, Gonzales Rus. ROXIN, *Derecho penal-PG. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 55, añade: “El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución”. Si en un Estado de Derecho material “toda actividad estatal se somete a la Constitución, entonces también el orden de los bienes jurídicos constituye una ordenación axiológica como aquella que preside la Constitución. Entre las dos ordenaciones debe verificarse una relación que no es por cierto de identidad, sino de analogía sustancial, fundada en una esencial correspondencia de sentido” (DIAS, Figueiredo, *As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal Português de 1982, RDPCrim*, 1982, p. 8-9).

3. Bien jurídico y Constitución

3.1 Teorías constitucionalistas

Para un gran sector doctrinal, en suma, la Constitución constituye el “referente” *más idóneo* para que la teoría del bien jurídico cumpla su

función crítica¹⁴¹ y limitadora del *ius puniendi*.¹⁴²

Que la Constitución autoriza la concepción del delito como una *ofensa a un bien jurídico* bien como la consagración del *principio de ofensividad* parece fuera de duda.¹⁴³ Ahora bien, el problema está en verificar si ella establece algún tipo de vínculo imperativo limitador en la *selección de los bienes jurídicos* que deban ser tutelados por el Derecho penal.¹⁴⁴

¹⁴¹ Pese al escepticismo que existe en relación a las virtudes críticas del concepto de bien jurídico en sí mismo considerado, la verdad es que no debemos renunciar ni a tal concepto ni a su pretensión crítica. Antes de renunciar “a un empeño de este tipo, que en principio, aunque dificultoso, ofrece posibilidades de un resultado fructífero, deben agotarse todas las vías que pueden conducir a una concepción del bien jurídico útil dogmáticamente y al tiempo capaz de desarrollar una eficaz labor crítica y limitativa del legislador. Porque, innecesario es advertirlo, detrás del tema de la función crítica del bien jurídico lo que hay es un problema de confianza o desconfianza en el legislador, al que, en consecuencia, se quiere limitar más o menos en el momento de la creación del ilícito penal” (cfr. GONZÁLEZ RUS, Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial, *ADPC*, 1982, p. 717). Véase aún: PORTILLA CONTRERAS, Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos, *CPC*, 1989, p. 727 y ss.

¹⁴² Sobre el relativismo de las teorías constitucionalistas para dotar el concepto de bien jurídico de un contenido material cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 133 y ss., que destaca la indeterminabilidad y la vaguedad de los conceptos como el mayor problema de tales teorías (p. 144). De cualquier manera, aunque la Constitución no represente una garantía de absoluta racionalidad en las decisiones político-criminales, es al menos la única vía legítima hasta hoy encontrada para dirigirse a una racionalidad y a una justicia más perfecta.

¹⁴³ Cfr. infra Cap. IV, especialmente n. 4.

¹⁴⁴ Aunque incierto los límites de la recíproca influencia entre Constitución y Derecho penal, parece absolutamente incuestionable la tendencial correspondencia entre los valores que presiden ambas

El punto de partida de la tesis de que la *Constitución* ejerce directa influencia en el contenido de las normas penales consiste en considerar que los valores básicos constitucionalizados constituyen los elementos axiológicos, de naturaleza ético-jurídica, que confieren unidad, fundamento y legitimidad al conjunto del orden jurídico-político de la comunidad. Son valores que están en permanente interrelación y que acaban conformando un auténtico sistema axiológico constitucional, vertebrado en torno al valor-síntesis de la dignidad de la persona humana.

La llamada Constitución “material”,¹⁴⁵ justamente porque trata de los contenidos substanciales de la misma, en los que la persona y sus derechos fundamentales aparecen como fundamento de toda la realidad jurídico-política del Estado, cuenta con eficacia interpretativa, que se extiende a todo el ordenamiento jurídico.¹⁴⁶

El sistema axiológico plasmado por la norma fundamental del Estado supone una verdadera “referencia material” para cualquier norma integrante del ordenamiento jurídico. La construcción y la interpretación de todos y de cada uno de los componentes normativos del sistema deben ser orientados por la exigencia ineludible de que el contenido de dichas normas,

clases de ordenes jurídicas (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 118).

¹⁴⁵ Integrada por los valores constitucionalizados en el Preámbulo, en el Título Preliminar, en su artículo 1.1. y en el Título I de la ley superior española (cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 122 y ss.), y que corresponden al Preámbulo, Título I y II, de la Constitución brasileña.

¹⁴⁶ Cfr. en ese sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, citado por PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 123. La Constitución “incorpora siempre determinadas opciones políticas y sociales profundas. La aplicabilidad directa de la Constitución, con todo su sistema de principios y de valores, que pretenden una conformación social positiva (art. 9.2), la correlativa regla, que deriva de la superioridad normativa de la Constitución, de la necesaria interpretación de todo el ordenamiento de conformidad con la Constitución, todo ello lleva a que el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como

incluyendo las penales evidentemente, se ajuste, para que cuente con validez material, a lo predicado en el sistema de valores que, en definitiva, determina el verdadero alcance y significado del texto constitucional. Y es manifiesta la inconstitucionalidad de las normas infraconstitucionales que supongan una patente violación, negación o ilusión de aquello que es lo substancial de la Constitución.¹⁴⁷

En resumen, “son estos valores substanciales, concretizados histórico-positivamente en la norma fundamental de un Estado, la fuente última de la que nace la legitimidad esencial del poder jurídico-político de un Estado, valores para cuya realización está éste éticamente determinado (...); Este orden positivo es válido sólo en cuanto represente este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo (...); en el Estado integrador es su Constitución la que contiene, como norma fundamental, las fórmulas sustanciales de dicha integración, fórmulas éticas originadas en las convicciones morales comunes de la colectividad, expresadas jurídico-positivamente en torno al consenso sociopolítico general que, democráticamente, fundamenta y legitima todo el orden estatal”.¹⁴⁸

una operación mecánica, pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico” (cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, p. 48-49).

¹⁴⁷ PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 124.

¹⁴⁸ Así PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 128-129.

Sentadas las líneas de coordinación y recíproca implicación entre la Constitución y el Derecho penal,¹⁴⁹ las cuestiones centrales que deben constituir objeto de nuestra preocupación en los apartados siguientes son:

- (a) ¿Exclusivamente los bienes constitucionalmente relevantes son los que pueden ser objeto de la tutela penal?
- (b) ¿Otros bienes, aunque no contemplados literalmente en la Constitución, pueden ser penalmente protegidos?
- (c) ¿La Constitución prohíbe al legislador criminalizar determinadas conductas?
- (d) ¿La Constitución impone obligaciones de criminalización o de penalización?

3.1.1 ¿Exclusivamente los bienes constitucionalmente relevantes son los que pueden ser objeto de la tutela penal?

Con apoyo en el orden de valores (*Wertordnung*) más importante de la Constitución, una línea constitucionalista que es conocida como “*estricta*”

¹⁴⁹ Especialmente sobre la relación entre bienes jurídicos y la Constitución vid. CARVALHO (Márcia Domitila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito penal. Crimes econômicos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Legalidade, culpabilidade e justiça social*, p. 33 y ss.).

(“rígida”) procura deducir *directamente* de la Magna Carta los *objetos* de protección penal, que tendrían carácter vinculante.¹⁵⁰

Esa formulación ha merecido una consideración especial de la doctrina alemana¹⁵¹ e italiana y indudablemente su principal defensor en Italia ha sido Bricola¹⁵² que, al definir el delito como un hecho previsto de forma taxativa en la ley e idóneo para ofender un valor constitucionalmente significativo, sostiene la legitimidad de la sanción penal solamente en presencia de una violación de un bien que, aunque tenga el grado de respeto de la libertad personal que es sacrificada, esté al menos dotado de relevancia constitucional. De ello se concluye que el ilícito penal puede concretizarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucionalmente relevante.¹⁵³

El punto de partida de la idea de que la relación entre Constitución y Derecho penal debe ser “rígida” está en el artículo 13 de la CI, que regula la *libertad personal*, cuya privación constituye la regla general en el Derecho penal. Pero el sacrificio de ese bien, en virtud de su jerarquía y

¹⁵⁰ La teoría estricta estima que la Constitución cuenta con potencialidad limitadora de la actividad legislativa de selección de los bienes jurídicos y exige una armonización entre los valores penales y los constitucionales, prohibiendo conductas que no lesionen o pongan en peligro valores Constitucionales; la otra teoría constitucional (amplia) ve en la Constitución sólo un cuadro de referencia a partir de los principios generales (Estado de Derecho material, democrático y social) (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 129).

¹⁵¹ Cfr. referencias en FIANDACA, Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale, *RIDPP*, 1982, p. 47 y ss.

¹⁵² BRICOLA, Teoria generale del reato, *Scritti di diritto penale*, 1997, p. 565 y ss. Sobre la concepción constitucional del bien jurídico de Bricola cfr. DOLCINI, Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale, *Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 212 y ss.

¹⁵³ El fundamento de la ilicitud material, así, es la Constitución. Y la tesis de que el legislador penal está vinculado al orden constitucional en la definición del bien jurídico, como recuerda NATSCHERADETZ, *O Direito penal sexual: conteúdo e limites*, p. 102, es susceptible de aceptación tanto por los positivistas como por los jusnaturalistas porque el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, del principio de dignidad humana y el principio material del Estado de Derecho demuestra que la Constitución incorpora valores de justicia y de derecho natural.

relevancia, sólo está justificado para la tutela de otro bien de igual o mayor valor, es decir, bienes previstos en la Constitución y, además, de *relevancia constitucional significativa*.

Es el principio de proporcionalidad, en realidad, lo que orientaría esa construcción “rígida”, al exigir un equilibrio estricto entre los bienes en conflicto. Y, además, es esa proporcionalidad lo que explicaría el carácter de *ultima ratio* del Derecho penal. Ulteriores limitaciones se fundamentan en los artículos 25.2 y 27.1 y 3.º, que configuran el ilícito penal como un “hecho” realizado al menos con culpa, al cual se irroga una sanción con finalidad resocializadora a una persona plenamente responsable.¹⁵⁴

La tarea del legislador, por lo tanto, no sería otra que la de incorporar en el ordenamiento *jurídico-penal* los valores más importantes plasmados de modo vinculante en la *Grundnorm*.

Y el criterio más adecuado para la verificación de la legitimidad de la norma penal (o de su “desproporcionalidad”), señala Bricola,¹⁵⁵ “no residiría tanto en la oposición entre el bien jurídico tutelado por la norma en discusión y el bien protegido por la otra norma paradigmática (conflicto ese que sería reconducible al artículo 3.º de la CI), sino primordialmente de la *relación de jerarquía* establecida entre el *bien tutelado* y la *libertad personal* sacrificada en razón de la sanción penal y, por lo tanto, no solamente de un juicio extrínseco a la norma penal sino también de un juicio intrínseco”.

¹⁵⁴ Cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 13-14.

¹⁵⁵ BRICOLA, *Teoria generale del reato, Scritti di diritto penale*, 1997, p. 575, nota 133 (*in fine*).

Solamente el ordenamiento *constitucional*, en efecto, estaría en condiciones de proporcionar límites al legislador *ordinario* en su poder de castigar conductas que constituyen infracción penal, por dos razones: (a) porque es un límite “externo” (no inmanente); (b) porque vincula al legislador ordinario.

Sólo el poder constituyente y su producto normativo típico que es la Constitución, en síntesis, “pueden condicionar la actividad de un poder constituido como es el legislativo en aquellos ordenamientos en los que se adopte un concepto de ley formal. Es decir: si el Estado crea el ordenamiento y lo que se trata es de fijar un límite –mediante el concepto de bien jurídico– al poder de castigar del Estado, éste no puede encontrarse en el propio ordenamiento producido por el legislador ordinario (...) El límite, por el contrario, tiene que ser impuesto externamente al referido legislador; pero a la vez ha de tener el consecuente carácter normativo para no incurrir en los errores en los que han caído otros planteamientos”.¹⁵⁶

Pese a la imposibilidad de censurar la premisa en el sentido de que la *libertad personal*, que continua siendo el bien fundamental más afectado por las sanciones penales, pueda cumplir el relevante papel *referencial nuclear* para la reconstrucción del modelo de delito y de Derecho penal fundado en la *proporcionalidad*, considerándose delito, dentro de una perspectiva constitucional, exclusivamente la conducta que ofende bienes jurídicos proporcionalmente relevantes a la libertad personal,¹⁵⁷ la verdad

¹⁵⁶ Así ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, p. 12.

¹⁵⁷ Sobre el vínculo entre bien jurídico y constitución véase también PRADO (Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 50 y ss. y especialmente 77, que partiendo de los principios y valores más relevantes del ordenamiento constitucional, configurado de acuerdo con el modelo de Estado de Derecho democrático y social, con fundamento sobre todo en la libertad, señala la exigencia de la citada proporcionalidad, pero, personalmente sigue la línea moderada (“elástica”) para considerar como protegibles los bienes de relevancia constitucional o al menos compatibles con

es que la doctrina constitucionalista “inflexible” no ha tenido gran resonancia en la *praxis*.

Se argumenta que el condicionamiento histórico de todas las constituciones puede no contemplar un determinado interés como relevante en un determinado momento, pero que después cobra un incontestable valor para la supervivencia pacífica de la sociedad.¹⁵⁸

Otra crítica que se hace a la teoría “estricta” de la configuración constitucional del bien jurídico-penal consiste en “la incertidumbre y polivalencia de la Constitución”,¹⁵⁹ que no permitiría, muchas veces, delinear con seguridad la naturaleza del bien jurídico y tampoco autorizaría concluir que la realidad social, aunque sea en sus aspectos más relevantes, esté explícita o integralmente contemplada en la Carta Constitucional. Por ello los autores que siguen esa orientación constitucionalista también admiten la posibilidad de configurar como bienes jurídico-penales no sólo los consagrados *explícitamente* en la Constitución, sino también los *implícitos*.¹⁶⁰

Para los seguidores de la teoría constitucionalista “genérica” (“*amplia*” o “*elástica*”) la norma constitucional no constituye un fundamento *obligatorio* de deducción lógica de los bienes jurídicos (obligación de *penalización*), sino únicamente “*un marco de referencia*”.

la Constitución o, todavía, que se encuentren en sintonía con la concepción del Estado de Derecho democrático. La Constitución funciona, así, como límite “relativo” frente al legislador (p. 85).

¹⁵⁸ Cfr. en ese sentido la conclusión de MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 379.

¹⁵⁹ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 179. Sobre la naturaleza abierta de los principios y la calificación de “mandatos de optimización” cfr. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 52-54.

¹⁶⁰ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 181.

El concepto *material* de bien jurídico se vincula a los valores superiores asumidos por el Estado constitucional y democrático de derecho, pero no en una relación de “identificación absoluta”, sino de mera *referencia axiológica* o de *analogía sustancial*.

En la consideración de la *política criminal* como “*ultima ratio*” de la *política social* –ya que las reacciones penales son las más gravosas y solamente está legitimada la intervención penal para la tutela de bienes jurídicos cuando otras instancias sean inidóneas–, y en la afirmación de la *dimensión axiológica* del objeto de protección –que coloca la “persona” como razón última de la tutela penal– residirá, de acuerdo con Taipa de Carvalho,¹⁶¹ las bases de un *criterio material* de bien jurídico, que encuentra en el *cuadro axiológico de la Constitución democrática* el esquema referencial y el criterio orientador (mediador) del legislador ordinario en la determinación de los valores dignos de incriminación.

No es divergente la doctrina de Figueiredo Dias¹⁶² que afirma: “Si en un Estado de derecho material toda actividad del Estado, incluyendo la jurídico-penal, tiene que estar sometida a la Constitución y fundarse en la legalidad democrática, entonces también el orden legal de los bienes jurídicos debe constituir, ante todo, una ordenación axiológica como aquella que preside a la Constitución, verificándose entre los dos órdenes una mutua relación. Relación que no es ciertamente de identidad, o siquiera de recíproca cobertura, sino de analogía sustancial, fundada en una esencial correspondencia de significado que permite afirmar que el orden de valores jurídico-constitucional constituye el cuadro de referencia y,

¹⁶¹ CARVALHO (Taipa de, *Condicionalidade sócio-cultural do Direito penal. Análise histórica, sentido e limites*, p. 89-92).

¹⁶² DIAS (Figueiredo, *Direito penal e Estado-de-direito material*, RDP, 1981, p. 44; Idem, *As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal Português de 1982*, RDPCrim, 1982, p. 8-9).

simultáneamente, el criterio regulativo del ámbito de una aceptable y necesaria actividad punitiva del Estado”.

El bien jurídico debe concebirse, de este modo, “en el ámbito de una relación social dialéctica, como instrumento que garantiza el desarrollo de la persona al permitirle una participación dentro del ámbito político-social del que forma parte. Ámbito en el que jurídicamente la Constitución representa el marco general de referencia que define unos derechos fundamentales y una organización político-social concreta. Ello no implica entender que es la Constitución la que determina que bienes jurídicos han de protegerse por el Derecho penal; pero sí que sirve de parámetro para reconocer dichos bienes en el sistema social”.¹⁶³

Y ¿cómo, en la práctica, podría concretizarse esa “limitación” constitucional?

Dos serían las posibles vías: (a) un control (de la producción legislativa) *ex-ante* o (b) un control *ex-post* (de esta segunda vía puede, sin duda, resultar una cierta “jurisdiccionalización” del “bien jurídico”, es decir, del Derecho penal).¹⁶⁴

La primera forma residiría en la construcción de una *teoría de la legislación penal*, “que marque los pasos y las comprobaciones que deben

¹⁶³ Cfr. DE LA MATA BARRANCO, *Tutela penal de la propiedad y delitos de aproximación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*, p. 52.

¹⁶⁴ El actual Estado de Derecho, no sólo, por tanto, el Derecho penal, se caracteriza por la jurisdiccionalización integral de todas las relaciones sociales: cfr. CHEVALLIER, *L'État de droit*, p. 143. Ya pasó el ideal de aplicación de las leyes concebidas como reglas de subsunción silogística. Al juez y al Tribunal Constitucional se impone una necesaria y casuística ponderación y “desde luego, ponderación no equivale a ninguna arbitrariedad desbocada, pero no cabe duda que en su ejercicio el juez es mucho más protagonista y, por tanto, más ‘libre’ que en la aplicación de reglas según el modelo tradicional” (PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, p. 63).

llevarse a cabo antes de tomar una decisión sobre la penalización o la despenalización de un comportamiento”.¹⁶⁵

La segunda, y tal como plantean cada vez con mayor intensidad los seguidores de tesis constitucionalistas, casi siempre apoyándose en el principio de proporcionalidad, consiste en la imperiosidad (y sobre todo legitimidad) del control constitucional de las leyes criminalizadoras.

Se admite claramente, según la opinión de Maria da Conceição F. Cunha,¹⁶⁶ cuando el Tribunal Constitucional desarrolla sus poderes para controlar la “necesidad” penal en los casos (muy raros, ciertamente) en que la criminalización sea indiscutiblemente innecesaria (porque la pena es inadecuada o desproporcionada o porque existen otros medios claramente suficientes) o cuando el bien jurídico subvierte de forma evidente el orden valorativo constitucional.¹⁶⁷

Coincide una parte de la doctrina italiana con ese planteamiento. En efecto, para Pizzorusso,¹⁶⁸ “la conclusión a la que se llega es que, en principio, no existen obstáculos jurídicos para el reconocimiento, por la Corte Constitucional, del control de racionalidad en el ámbito de las normas que

¹⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, Exigencias sociales y política criminal, *Claves de razón práctica*, 1998, p. 49. Del mismo autor: Garantías y bien jurídico, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA.VV, p. 440 y ss.

¹⁶⁶ CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 213 y 267.

¹⁶⁷ Con respecto al derecho italiano, BRICOLA (Teoria generale del reato, *Scritti di diritto penale*, 1997, p. 575) hace una valoración de la Corte Constitucional que oscila entre un radical *self-restraint* (porque la materia relacionada con el control constitucional de la “necesidad” de la tutela penal estaría fuera de la posibilidad de control en la medida en que es siempre una cuestión político-legislativa... así la S. de 17.02.71) a una comedida admisibilidad del control de la razonabilidad de la ley penal (pero constantemente con el resultado de declarar no fundada la cuestión propuesta). Los casos en que admitió la irrazonabilidad de la norma penal eran de “irrazonabilidad macroscópica” (manifiesta, sin la mínima justificación): así S. 109, de 1968.

¹⁶⁸ PIZZORUSSO, Le norme sulla misura delle pene e il controllo della ragionevolezza, apud BRICOLA, Teoria general del reato, *Scritti di diritto penale*, 1997, p. 575, nota 133.

fijan la medida de la pena o de las normas penales en general, conforme a los criterios que ella sigue en el control de todos los otros sectores del ordenamiento jurídico, y entonces se debe aspirar que la autolimitación de la Corte no se traduzca de hecho en una pura y simple renuncia a ejercitar los poderes que la Constitución le confiere”.

La Constitución, en resumen, es el punto de referencia obligatorio para la selección (y una relativa jerarquización) de los valores o intereses penalmente protegibles. Su valor *orientativo*, al menos, parece estar fuera de duda.

Si por un lado, como afirma Zugaldía Espinar,¹⁶⁹ “hay que reconocer que no es posible deducir de la Constitución un catálogo de reglas ‘matemáticas’ y exactas para dar solución definitiva a los problemas de la selección y jerarquización de los bienes jurídicos –son cuestiones abiertas–”, por otro, no hay como dejar de extraer del modelo constitucional de Estado (democrático, social y de derecho) algunas precisas limitaciones (*procedimiento de carácter negativo*) a la actividad criminalizadora,¹⁷⁰ como por ejemplo: (a) que no es función del Derecho penal la protección de intereses exclusivamente morales; (b) no pueden ser punibles las conductas que lesionen valores o intereses vinculados a simples costumbres sociales (conductas extravagantes); (c) con el Derecho penal (democrático) no se puede imponer una ideología; (d) debe ser llevado a cabo un amplio proceso de *despenalización* no sólo de las infracciones de “bagatela”, sino

¹⁶⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho penal-PG. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 50-51.

¹⁷⁰ Cfr. ZUGALDÍA ESPINAR, *Fundamentos del Derecho penal-PG. Las teorías de la pena y de la ley penal (introducción teórico-práctica a sus problemas básicos)*, p. 52-55. Véase también: PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, CPC, 1989, p. 735 y ss.

también de un elevado número de delitos contra la propiedad o contra la dignidad del cargo.¹⁷¹

De la concepción constitucional de la intervención penal se concluye que esa sólo se justifica como “necesidad social”. De ahí derivan dos consecuencias fundamentales: (a) el Derecho penal es la *ultima ratio*; (b) la necesidad ineludible de ponerse en acción un amplio programa de despenalización.¹⁷²

Al margen de las discusiones que en la doctrina constitucionalista ha generado la posibilidad de establecer jerarquías valorativas en el seno de la Constitución, afirma Álvarez García,¹⁷³ “lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [español] ha aceptado este enfoque en distintas resoluciones (SSTC 8/1983, de 18 de febrero; 53/1985, de 11 de abril; 159/1986, de 16 de diciembre; 116/1987, de 7 de julio; 20/1990, de 15 de febrero; 128/1995, de 26 de julio; 37/1996, de 11 de marzo, y 62/1996, de 15 de abril).

El mismo Tribunal rechazó, por otro lado, la llamada “cláusula de la comunidad”, que permite según la jurisprudencia alemana la limitación de los derechos fundamentales basados en bienes jurídicos necesarios para la existencia de la comunidad. Únicamente es posible imponer sanciones penales cuando el bien atacado tenga *relevancia constitucional*. De cualquier modo, el legislador goza de un amplio margen de libertad y no

¹⁷¹ De cualquier manera, ello no significa la absoluta desprotección del bien jurídico, sino el amparo de estos bienes e intereses por otras ramas del ordenamiento jurídico de acuerdo con la subsidiariedad de la intervención penal.

¹⁷² Cfr. DIAS (Jorge de Figueiredo, *As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal Português de 1982*, *RDPCrim*, 1982, p. 9).

¹⁷³ ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, p. 13. Del mismo autor véase: *Bien jurídico y constitución*, *CPC*, 1991, n. 43, 1991, p. 5 y ss., especialmente p. 21 y ss.

está obligado a imponer sanciones aun cuando la Constitución contemple una obligación de penalización.¹⁷⁴

3.1.2 ¿Pueden ser penalmente tutelados otros bienes, aunque no los contemple literalmente la Constitución?

Pese a la gran discusión sobre los límites de la relación entre Constitución y Derecho penal, en cuyo centro está la cuestión del bien jurídico, como se ha visto, el *trend* en la actual doctrina no se centra en el sentido de consolidar el entendimiento de que el bien jurídico en Derecho penal deba tener *necesariamente relevancia y plasmación constitucional expresa*.

La flexibilidad de las últimas tendencias constitucionalistas culminó con la formulación de que el bien jurídico-penal cuenta con legitimidad si *no es incompatible con la Constitución*. De la postura inicial *positiva*, “*rígida*” (imposición relativa de penalización), puesto que debería existir una *identificación sustancial* entre los valores Constitucionales (*Wertordnung*) y el bien jurídico-penal, se avanza hacia la intermedia de los *bienes de relevancia constitucional* hasta llegar a la actual proposición *negativa* de los *bienes no-incompatibles con la Constitución*.

La norma fundamental, así, “no vendría a imponer la tutela de determinados bienes jurídicos, sino que sirve de punto de referencia para construir el sistema penal, no pudiendo proteger valores irreconciliables con la Constitución. El papel que desempeñaría la Constitución sería un

¹⁷⁴ Cfr. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, p. 15-20. En este Capítulo, n. 3.3 infra, se volverá al tema de forma matizada.

mero papel negativo que permitiría excluir de la protección penal determinados bienes”.¹⁷⁵

Las críticas que le son dirigidas a las teorías constitucionalistas más inflexibles resaltan la imprecisión de los conceptos (“bienes de relevancia constitucional” etc., que no pasan de “directivas-guías” formuladas en términos generales), la imposibilidad de dotar al concepto de bien jurídico-penal de un contenido *material* fiable y la confusión entre bienes jurídicos y derechos fundamentales.¹⁷⁶ Y, además, si los valores constitucionalmente consagrados fueran los únicos a guiar la selección de los bienes jurídico-penales, se llegaría a un estrangulamiento de la realidad social, que es la fuente primaria de tales bienes.¹⁷⁷

Aunque de hecho sean criticables las premisas de las teorías constitucionalistas, no hay duda que de la Constitución podemos extraer una serie de “principios-guías” limitadores del legislador ordinario, sobre todo en su actividad de seleccionar los bienes jurídicos objeto de tutela penal.

El estrecho vínculo entre Constitución y Derecho penal, en consecuencia, es irrefutable.¹⁷⁸ Y será tanto más plausible cuanto menos “rígido” se presente, en el sentido de que la Constitución no es la *única* fuente de la selección de los bienes jurídicos, aunque es necesariamente un *punto de referencia*, que debe sumarse a las exigencias político-criminales deducidas

¹⁷⁵ Así AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 183.

¹⁷⁶ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 184.

¹⁷⁷ Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 17.

¹⁷⁸ Véase CUNHA (Paulo Ferreira, *A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito penal*, p. 87 y ss.).

de las ciencias criminológicas y sociológicas. Ello no significa “redimensionar” el vínculo entre Constitución y Derecho penal, sino más bien exclusivamente depurarlo de las concepciones más “inflexibles”.¹⁷⁹

No puede dejarse de subrayar, por otro lado, que es justamente la relación entre Derecho penal y Constitución la que permite reorientar globalmente el Derecho penal, fundado en nuevas bases y nuevos principios. Y la ruta para llegarse a esa “reorientación” del Derecho penal está en la *libertad personal*, que es el bien jurídico prioritariamente implicado en las actuales sanciones penales. Considerando su alto valor y sus consecuencias para el “ser”, no tanto para el “tener” de la persona, por razones de proporcionalidad, razonabilidad y equilibrio sólo se legitima la privación de la libertad cuando están en juego ofensas concretas para otros bienes de igual o equivalente valor.

De cualquier modo, *hic et nunc*, lo que se desprende del debate constitucional en su momento actual es que otros bienes jurídicos, aunque no contemplados expresamente en la Constitución, pueden ser objeto de tutela penal, en tanto que *no incompatibles con su cuadro axiológico*. Esa sería entonces una primera limitación al legislador en el momento de la criminalización de una conducta.

Es indiscutible que la “jurisdicción” (los Tribunales y Cortes Constitucionales) ocupa un papel de relevancia capital en el debate claramente político-criminal de la configuración del *objeto* de la protección penal, que es tan sólo uno de los aspectos de la relación entre Constitución y Derecho penal. De cualquier modo, no se puede negar que las dos

¹⁷⁹ Véase MANNA, *Beni della personalità e limite della protezione penale*, p. 82.



instancias más directamente implicadas en el momento de la “criminalización” son el “Ejecutivo” y el “Legislativo”.¹⁸⁰

3.2 Teorías eclécticas

La difícil tarea de definir con precisión el contenido *material* del concepto de bien jurídico-penal ha llevado a algunos autores, conscientes de las objeciones y problemas ya enumerados, a aceptar una especie de composición o combinación entre las teorías sociológico-funcionalistas (plasmadas en la “dañosidad social”) y las constitucionalistas, concibiendo que la *referencia constitucional* y la *dañosidad social* son criterios complementarios que podrían juntos finalmente determinar el catálogo de los bienes jurídicos penalmente protegibles, es decir, merecedores de tutela penal.

En el marco de las concepciones eclécticas se encuentra el pensamiento de Rudolphi¹⁸¹ que ha defendido la idea de que “la tarea del Derecho penal, desde el punto de vista de la decisión valorativa contenida en la

¹⁸⁰ Es en este contexto que llama la atención la Circular 22, de 19.12.83, de la Presidencia del Consejo de Ministros italiano, relacionada con la política pública punitiva. Como fruto de los estudios de una Comisión *ad hoc*, se ha elaborado el primer documento en Italia para una política racional de bienes jurídicos, describiéndose criterios *contenutistici* para la selección entre una sanción penal y una sanción administrativa, reconducibles a los principios de *proporcionalidad* y *subsidiariedad*, de tal forma que la selección, teniendo como punto de partida la *libertad personal*, debe tener en cuenta la *importancia* del bien tutelado así como la *gravedad de la ofensa*. La protección será penal cuando otras formas de tutela no presenten mayor eficacia. Cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 82 y ss.

¹⁸¹ Cfr. RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 345. En sentido crítico, señalando la “vaguedad” de la teoría del bien jurídico cfr. CUELLO CONTRERAS, Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal, *ADPCP*, 1981, p. 463 y ss.

Constitución, consiste en proteger las funciones sociales y los mecanismos eficaces requeridos para el mantenimiento de la sociedad frente a los daños y perturbaciones que pudieran amenazarlos”. Como consecuencia lógica de su postura añade: “... los comportamientos que carecen del carácter de perturbadores de funciones sociales y que, por lo tanto, no ejercen ningún efecto nocivo sobre los organismos sociales de la sociedad, agotándose en un desvalor puramente moral, quedan por ello excluidos como objeto de los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales”.

También es el caso, por ejemplo, de Silva Sánchez,¹⁸² quien más allá de aceptar la idea de “plasmación constitucional” del bien jurídico, cree correcto el punto de partida de las concepciones sociológico-funcionalistas (dañosidad social), pero, con las necesarias *correcciones*.

Las dificultades para desarrollar un límite seguro al legislador, por tanto, según el autor citado¹⁸³ deben afrontarse mediante la inclusión en el concepto de bien jurídico de una referencia central al *individuo*. La idea clave es, pues, “que sólo pueden ser bienes jurídicos aquellos objetos que el ser humano precisa para su libre autorrealización; determinados objetos se convierten en bienes jurídicos, por tanto, en la medida en que están dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad”.

La afectación *individual*, directa o indirecta (con lo cual se admite la existencia de bienes jurídicos supraindividuales) y la *repercusión social*

¹⁸² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 270 y ss. Aún sobre la importancia de las ciencias sociales y de la Constitución para la definición del bien jurídico vid. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. PG, nociones introductorias. Teoría del delito*, p. 50 y ss. Con relación a las teorías del bien jurídico con fundamento sociológico cfr. también HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*, p. 93 y ss.

¹⁸³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 270 y ss.

(dañosidad social) serían, sin perjuicio de ulteriores concreciones en las ideas de proporcionalidad y necesidad de la intervención penal, los dos primeros criterios que podrían delimitar el ámbito de las conductas punibles, excluyendo, desde luego, la criminalización de hechos meramente inmorales así como la protección de valores, intereses o estrategias político-sociales o el simple funcionamiento de una institución.

3.3 Síntesis de la discusión

El intento de dotar al concepto de bien jurídico de un contenido *material* y de ofrecer un “catálogo cerrado” de los bienes merecedores de tutela penal, como se ha podido percibir, no ha llegado a ningún resultado concreto y definitivo, pero, no hay como dejar de reconocer que al menos algunos *criterios limitadores* pueden y deben ser establecidos e indudablemente servirán de base a una política criminal que quiera ser compatible con el modelo de Estado actual.¹⁸⁴

Del debate “constitucional”, por ejemplo, que ha sido reseñado muy someramente, como mínimo, ha resultado un primer criterio (la *referencia axiológico-constitucional del bien*)¹⁸⁵ que ha de orientar las decisiones

¹⁸⁴ Una concepción constitucional del bien jurídico, de cualquier modo, “ni se presenta ni debe entenderse como el medio mágico que resuelve todos los problemas, sino que por el contrario cuenta con numerosas dificultades y limitaciones. Constituye, sin embargo, una posición crítica poco rigurosa exigirle que solucione “todo” y desecharla, por ineficaz, si no lo hace, para volver a elaboraciones menos fructíferas y a las que por ello se les pide de principio la satisfacción de menos cometidos” (cfr. GONZÁLEZ RUS, Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial, ADPC, 1982, p. 718).

¹⁸⁵ La tesis que contempla los valores explícitos constitucionales como los únicos que merecen la tutela penal puede no satisfacer las necesidades de las comunidades en cada momento histórico. Por ello que mayoritariamente se acepta la tesis en sentido amplio, que considera legítima la protección penal de bienes (valores) con importancia constitucional o al menos que no estén en conflicto con tales

político-criminales, así como el proceso de revisión del actual sistema normativo (que es real, pero según los criterios constitucionales no siempre verdadero).

Con Mendez Rodríguez¹⁸⁶ impone aceptarse que “aparte de los límites axiológicos elaborados por la ciencia penal, es evidente la existencia de un límite negativo de carácter normativo que se concretiza en la imposibilidad de sobrepasar o penalizar, al tipificar un conflicto, los principios reconocidos constitucionalmente. La Constitución al regular determinadas relaciones sociales y conflictos sociales les ha saldado ya de una determinada manera (...) y estos son límites que el Derecho penal, como es lógico, no puede sobrepasar ni en sus formulaciones en sentido estricto, ni, en lo que es mucho más importante, en la interpretación que de las normas penales se haga, interpretación que debe efectuarse siempre de conformidad con la Constitución y con la constante labor que en este sentido realiza el Tribunal Constitucional”.

De la doctrina del Tribunal Constitucional español se pueden extraer, de acuerdo con Aguado Correa,¹⁸⁷ dos consecuencias: “1) Se reconoce implícitamente que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos forma parte del principio de proporcionalidad en sentido amplio (...); 2) Para poder afirmar la proporcionalidad de una determinada norma es necesario constatar que se trata de un bien jurídico que no esté proscrito por la Constitución y, por otra parte, que es socialmente relevante”.

valores. Con eso se garante que sólo sean protegidos penalmente valores dignos de tal protección, pero sin eliminar la capacidad de apreciación del legislador ni tampoco la adaptabilidad del Derecho penal a los cambios de las condiciones socio-culturales (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 195).

¹⁸⁶ MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 26.

¹⁸⁷ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 193.

Como se ve, tampoco el referido Tribunal ha acogido un camino inflexible. El legislador es el titular del diseño de la política criminal así como de la selección de los bienes jurídicos, pero ha de proceder dentro de los límites de la Constitución. Está justificado el recurso a la amenaza penal cuando el bien jurídico es “constitucionalmente legítimo” y cuenta con “importancia social”.

De lo expuesto cabe sintetizar: ¿Cuál es el vínculo que existe entre la Constitución y el bien jurídico-penal?

Una contestación posible sería: *“La Constitución no proporciona criterios de orientación positiva que marquen lo que debe ser bien jurídico con carácter previo a su consagración normativa, pero sí proporciona criterios interpretativos con relación al alcance del bien jurídico una vez que éste ha sido elevado a la regulación positiva”*.¹⁸⁸

En ello reside un *límite material* de la actividad criminalizadora del Estado, es decir, a la hora de decidirse sobre el ámbito de lo jurídico-penalmente relevante o en el momento de revisarlo, es indispensable que se considere la “*relevancia constitucional*” y la “*importancia social*” del bien jurídico.

No se trata de un criterio *rígido, inflexible*, en el sentido de que de la Constitución haya que extraerse un cerrado catálogo de los bienes merecedores de la tutela jurídico-penal, sino de un criterio de carácter *delimitativo, limitador*. El legislador continúa con su libertad de elección, que le pertenece en virtud del principio democrático, pero no puede elevar a la categoría de bien-jurídico penal y, por tanto, pretender que predominen

¹⁸⁸ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 27.

ciertos intereses que caracterizan una determinada “relación social” (un bien) si ellos chocan con los principios, valores y normas constitucionales.

Por otro lado, no es correcto decir que exclusivamente los derechos fundamentales son los que pueden merecer tutela penal. Otros bienes o intereses, particulares o incluso colectivos, aunque no estén contemplados en el Texto Constitucional, pueden ser objeto de protección penal, siempre que sean “socialmente relevantes” y “compatibles con el cuadro axiológico-constitucional”.

Con ello se confirma que incluso los bienes supraindividuales pueden legítimamente integrar el núcleo del Derecho penal (del *ius libertatis*),¹⁸⁹ desde que (a) el legislador concretice (determine) con precisión el bien tutelado, no siendo aceptable la tutela de bienes de “amplio espectro”, absolutamente indeterminables¹⁹⁰ y (b) dotados de un contenido de valor para el desarrollo personal del hombre en sociedad: la afectación *individual*, directa o al menos indirecta es absolutamente imprescindible dentro del *ius poenale* del *ius libertatis*.

Siguiendo el criterio de que el bien jurídico debe ser “constitucionalmente relevante” (no incompatible con el cuadro axiológico-constitucional) entonces debemos contestar la tercera pregunta que hemos formulado:

¿La Constitución prohíbe al legislador criminalizar determinadas conductas?

¹⁸⁹ Las indicaciones de los artículos 45, 3 [“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije, se establecerán sanciones penales...”] y 46 [“...La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”] de la CE confirman la relevancia, incluso penal, de los intereses supraindividuales.

¹⁹⁰ Sobre la relevancia de los derechos sociales como objeto de tutela “penal” cfr. QUINTERO OLIVARES, *Delitos contra intereses generales o derechos sociales*, RFDUC, 1983, p. 569 y ss. Sobre la necesidad de concreción del bien jurídico cfr. en este Cap. III, n. 6 infra).

No hay duda que sí. Unas prohibiciones derivan de los derechos de libertad (el legislador no puede incriminar el ejercicio de un derecho a la libertad, como por ejemplo el de asociarse, de reunirse, de huelga etc.; otras emanan de los principios constitucionales).¹⁹¹ En materia sexual, por ejemplo, considerando el principio de igualdad, no es imaginable que una norma penal contemple cualquier tipo de discriminación injustificada entre sexos.

En síntesis: uno de los primeros límites que el legislador encuentra en su actividad punitiva consiste en que el *bien jurídico* seleccionado no puede oponerse al Texto Constitucional o a los valores que forman su cuadro axiológico-vinculativo.

Ahora bien, decir que la Constitución constituye un límite *referencial* a la actividad sancionadora del legislador, como puede fácilmente constatarse, no significa que se haya ya contestado la cuestión sobre *cuál es el contenido del bien jurídico-penal*. Si bien estamos admitiendo que el bien jurídico-penal no puede sobrepasar los umbrales de las valoraciones y prohibiciones que provienen del legislador constituyente, ello nada revela sobre el origen, contenido y concepto de bien jurídico.

Así, “una cosa es la fundamentación positiva de la tutela (el núcleo, el concepto) que tiene que referirse necesariamente a los bienes jurídicos como relaciones sociales ‘reales’ y otra cosa es la fundamentación negativa que encuentra su límite normativo en la Constitución pero también en todos los principios básicos acuñados durante siglos por la doctrina penalista y que se constituyen en límite axiológico: el principio de necesidad, el principio de ofensividad, el principio de *ultima ratio*, la necesidad de que

¹⁹¹ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 344 y ss. y 350 y ss.

las prohibiciones penales sean no sólo directas sino también idóneas para la tutela de bienes jurídicos...”¹⁹²

Sentada la consagración *constitucional* del bien jurídico, explica Silva Sánchez,¹⁹³ “es preciso proseguir en la labor de concreción de las características de los objetos penalmente protegibles, para lo cual será preciso tener presentes los principios político-criminales que han de inspirar de modo general el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. En particular, será necesario atender a consideraciones sobre el merecimiento de pena (derivado de la significación atribuida al bien y de la gravedad de las diversas formas de ataque al mismo) y sobre la necesidad de pena, derivada de la ineficacia de otros medios menos lesivos que los penales”.

Las convicciones doctrinales en la actualidad, en suma, están en el sentido de rechazar todas las orientaciones que ven en el bien jurídico una “simple realidad valorada positivamente” (según la línea positivista de Binding), lo que significa una vuelta (en cierto sentido) a las ideas de von Liszt, que veía el origen del bien jurídico en la realidad social.

Pero, de cualquier modo, no son todas las relaciones sociales (los bienes) las que cuentan con jerarquía suficiente para integrar el rol de los bienes jurídico-penales. Más allá de su *compatibilidad axiológico-constitucional* y de su naturaleza *individual* (directa o indirecta), aún es necesario superar las valoraciones consagradas en las categorías del *merecimiento de pena* (fragmentariedad) y *necesidad de pena* (subsidiariedad), lo que comprueba que la idea de bien jurídico no es idéntica a la de bien jurídico-penal (es

¹⁹² Véase MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 30.

¹⁹³ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 275.

decir, no son todos los bienes jurídicos los que deben ser automáticamente valorados como penalmente relevantes).¹⁹⁴

Entran en acción tanto consideraciones de orden axiológico como de orden utilitario, que son complementarias. Sin contar, como veremos en su momento, que debido al principio de ofensividad, el bien seleccionado debe también ser *susceptible de ataque (de ofensa)*.

Por último, resta contestar la cuarta indagación:

¿La Constitución impone obligaciones de criminalización o de penalización?

Las Constituciones de varios países prevén expresas obligaciones de incriminación (así: CI, art. 13.4 [*“Será sancionada toda violencia física o moral contra las personas, aunque sometidas a restricción de la libertad”*]; CE, artículos 45.3 [*“Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”*], 46 [*“La ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio”*] y 55.2 [*“La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”*]; CB, art. 5.º, incisos XLI [*“la ley castigará cualquier discriminación contra los derechos y libertades fundamentales”*], XLII [*“la práctica del racismo constituye crimen inafianzable e imprescriptible, sujeto a la pena de reclusión, en los términos de la ley”*] etc.).

¹⁹⁴ Así SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 275.

Pero ello significa *sic et simpliciter* que es *posible* imponer sanciones penales: “el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática” (STC 55/1996). No existe, por tanto, una obligación de penalización, sino sólo una indicación del valor del bien jurídico referido.¹⁹⁵ Elevado “merecimiento de pena” no significa automáticamente “necesidad” de pena.¹⁹⁶

Por ello que el incumplimiento por el legislador de las obligaciones de criminalización no se ve sancionado con ninguna consecuencia jurídica.¹⁹⁷ De cualquier manera, Marinucci/Dolcini¹⁹⁸ afirman que “en el caso de que el legislador, en un primer momento, atienda la obligación criminalizadora, en un segundo momento, ya no podría descriminalizar la conducta, porque entonces la ley descriminalizadora sería inconstitucional”. Es una tesis discutible porque si en virtud de los cambios sociales desaparece la

¹⁹⁵ Cfr. ALVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría del delito*, p. 16 y ss. y especialmente p. 18, donde examina la posición del Tribunal Constitucional alemán frente al aborto: “En la sentencia sobre aborto dictada por el Tribunal Constitucional alemán, tal y como argumentaron Marinucci y Dolcini, hay en realidad una opción soterrada por un diseño retributivo de la pena (...) Si, en cambio, nos situamos en una perspectiva preventiva, por lo que habrá que preguntarse si no es por los supuestos valores ocultos del bien en cuestión que determinan, *per se*, exigencias de una hipotética protección penal, sino por la necesidad de tutela penal. Esta última perspectiva ha sido adoptada por el Tribunal Constitucional alemán en su segunda sentencia, de fecha 28 de junio de 1993”. Vid. aún MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 362 y ss. y especialmente p. 366 y ss. para la cuestión del aborto; CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime*, p. 289 y ss. y particularmente p. 363 y ss. para la cuestión del aborto.

¹⁹⁶ Sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena y la relación entre ellos cfr. BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, “passim”.

¹⁹⁷ Cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 88. Es la posición incluso de la Corte Constitucional: cfr. S. 147/69 en la ob. ult. cit.; ALVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría del delito*, p. 19.

¹⁹⁸ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 356 y ss.; ALVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría del delito*, p. 20.

necesidad de la tutela penal, podría ser inconstitucional mantener la criminalización.

4. El concepto “crítico” de bien jurídico

De lo expuesto hasta aquí, parece existir un cierto consenso en torno a algunas ideas: (a) que la misión del Derecho penal es la de protección exclusiva de bienes jurídicos; (b) que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos tiene –al menos implícito– asiento constitucional; (c) que el concepto de bien jurídico no es idéntico al de bien jurídico-penal (porque no todos los bienes jurídicos “merecen” o “necesitan” de tutela penal); (d) que la misión del Derecho penal, entonces, consiste en la protección fragmentaria y subsidiaria de bienes jurídico; (e) que todavía no existe un concepto “material” de bien jurídico que pueda cumplir de modo indiscutible un papel de garantía; (f) que las formulaciones naturalistas, positivistas, neokantianas o funcionalistas poco avanzaron en ese sentido; (g) que de las contribuciones constitucionalistas se extrae al menos un criterio limitador (el bien jurídico no puede ser incompatible con el cuadro axiológico-constitucional); (h) que el bien jurídico debe caracterizarse por su “relevancia social”, sin perder su “referencia individual”, y ser susceptible de ataque (ofensa).

Precisamente porque las investigaciones o formulaciones desarrolladas hasta el momento no han podido ofrecer un concepto *material* de bien jurídico que vincule *positivamente* al legislador en su actividad de criminalización, continúa libre el horizonte a nuevos esfuerzos, pero, ya

hoy, con algunos criterios (compatibilidad constitucional del bien jurídico, p. ej.) e indicaciones (tanto axiológicas –“merecimiento”– como utilitarias –“necesidad” de pena) que no pueden ser desconsiderados.

Y tampoco pienso que estamos autorizados a menospreciar la importante distinción (que se debe a Hassemer) entre las tendencias *trascendentalistas* (que admiten, como por primera vez hizo von Liszt, que el bien jurídico tiene origen y está más allá del sistema jurídico positivo) y las *inmanentistas* (que conciben el bien jurídico dentro del sistema jurídico, en la norma), aunque, como afirma Bustos Ramírez,¹⁹⁹ haya matizaciones, “pues hay corrientes transcendentalistas político-criminales que tornan hacia una juridización del bien jurídico por vía de la Constitución y otras que tienden a formalizar el bien jurídico vía sistema social, como inmanente a éste”.

De cualquier manera, una conclusión podría extraerse: las formulaciones inmanentistas, justo porque conciben el bien jurídico de forma “normativista”, es decir, dentro del sistema jurídico, son formales y abstractas y convierten el bien jurídico en una pura categoría valorativa, lo que significa decir que vacían completamente su contenido y la función crítica, cumpliendo, si acaso, funciones simplemente interpretativas y sistemáticas.

En cambio, las posiciones *trascendentalistas* parten de una premisa correcta (de que el bien jurídico está más allá del sistema normativo, no situando el *origen* del bien jurídico en una decisión del legislador, sino en una distinta instancia, de naturaleza prejudicial, es decir, dentro de la

¹⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 61.

sociedad), sin embargo, lo que no han conseguido es llenar el espacio conceptual entre el bien y el sistema jurídico-penal.²⁰⁰

La línea de investigación seguida por Bustos Ramírez en el sentido de aclarar qué hay más allá del bien jurídico, es decir, sobre qué bases se asienta, “nos lleva a situar el estudio del bien jurídico en la realidad social, ámbito que es el propio del derecho, en el análisis de los conflictos sociales a los que el derecho, en este caso el Derecho penal, debe dar respuesta (...) Pero no hay que olvidar que el derecho protege relaciones sociales dando respuesta a conflictos sociales. El derecho ante relaciones sociales conflictivas actúa juridificando una solución determinada a ese conflicto (...) Es la idea de relación social y de relación social conflictiva la que nos da la dimensión dinámica del bien jurídico y nos permite abarcar bajo un mismo concepto dos realidades con ámbitos distintos pero con un mismo contenido: el bien jurídico individual y el supraindividual”.²⁰¹

La evolución conceptual del bien jurídico revela que su “inutilidad político-criminal” también puede darse en razón de su “mediatización”, “ya sea desde un punto de vista inmanente, colocando la contravención al ‘deber’ de la norma en primer término, como es el caso de Binding (y absorbiendo entonces todo el contenido del bien jurídico por el ‘deber’) como también desde un punto de vista trascendentalista como en el caso de Welzel, en que se coloca en primer término el ‘deber ético’, que absorbe completamente el contenido del bien jurídico”.²⁰²

²⁰⁰ Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 61.

²⁰¹ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 25.

²⁰² BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 61.

Si se pretende dotar la teoría del bien jurídico de contenido y así empezar el proceso de *materialización* del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, que es una de las fundamentales garantías del Derecho penal del Estado constitucional y democrático de derecho, la primera tarea consiste en ofrecer contestaciones a las indagaciones siguientes: *¿Qué es el bien jurídico? ¿Cuál es su origen? ¿Cuál es su concepto?*

Por lo que ya se ha expuesto, el punto de partida evidentemente no puede estar anclado en ninguna formulación *inmanentista*, que lo coloca exclusivamente en manos del Estado (legislador) o en el funcionamiento del sistema social, no permitiendo conceptuar el bien jurídico, sino más bien encubrirlo de manera que no permite el cumplimiento de sus funciones crítica y garantista.

Más adecuada nos parece la ruta que fue abierta por las posiciones *trascendentalistas* que concentraron el concepto de bien jurídico en torno a la persona humana, en el desarrollo de su personalidad dentro de un tipo de sociedad y de Estado que se caracteriza precisamente por ser un Estado constitucional, democrático y de derecho.

Ahora bien, no basta con decir que lo social define el bien jurídico, porque, como afirma Bustos Ramírez,²⁰³ “es necesario ir a una mayor precisión de lo que es propio a un ser social dentro de una sociedad democrática. Y lo propio es que el ser social (la persona humana) se expresa en ella mediante una relación social concreta y determinada. La relación social es pues lo propio del ser social en una sociedad democrática, por eso el bien jurídico es un concepto propio a una sociedad democrática y no a otro tipo de organización social en que el comportamiento social del sujeto está

²⁰³ Así BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 62.

determinado desde el Estado, desde la religión, desde la moral etc., es decir, desde el exterior a la relación social misma y no desde la actividad de los hombres”.

El concepto de *bien*, por tanto, no puede girar en torno de valores no conectados con la realidad,²⁰⁴ es decir, en torno de la norma (Ranieri), del funcionamiento social, de la moral, de una ideología, de un bien vital de la comunidad o del individuo (Welzel), de deberes de obediencia o cualquier otro tipo de deber (nazismo), sino en función de una concreta y determinada *relación social*, porque es por medio de una *relación* como la persona humana, dotada de razón, dignidad y libertad, se expresa en la sociedad democrática. El *objeto* de protección, por tanto, es una *relación social*, que tiene como protagonista una persona humana.

Ahora bien, una “relación social” no se agota en el bien existencial (todo lo que tiene valor para el ser humano), en el ente.²⁰⁵ Toda indagación sobre el bien jurídico “tiene necesariamente que llevar más allá de él, esto es, la investigación de la relación social concreta, de la posición que en ellos ocupan los individuos, su intermediación a través de los objetos y otros entes que se dan en el medio social y de la interacción que se opera entre ellos. Lo que se propone en definitiva es, pues, esa relación social, con una determinada posición e interacción de los individuos en ella frente a determinados objetos y entes. La concreción sintética de ello es el bien

²⁰⁴ Ello ocurría en la tradición neokantiana: cfr. LAMPE, Rechtsgut, kultureller Wert und individuelles Bedürfnis, *apud* PRADO (Luiz Régis, *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 41).

²⁰⁵ La noción de bien no es unívoca, porque, como afirma PRADO (Luiz Régis, *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 17-18), puede ser estudiada como un término, un concepto o como una entidad. En sentido amplio “bien es todo lo que tiene valor para el ser humano, es decir, lo que cuenta con valor bajo cualquier aspecto; lo que es objeto de satisfacción...”.

jurídico”.²⁰⁶ En otras palabras: el bien jurídico no es lo mismo que su sustrato empírico.²⁰⁷

De cualquier manera, la esencia de la *relación social* protegible jurídicamente está en la nota de la *individualidad*²⁰⁸ (con lo cual se acepta que la persona humana está en el centro del concepto de *bien* y de la *relación social*).²⁰⁹ En un Estado social y democrático de derecho “la determinación de los bienes jurídicos se habrá de hacer considerando los individuos y sus necesidades, antes que la conservación y funcionamiento del sistema social”.²¹⁰

La concepción constitucional del Derecho como orden de coexistencia de las libertades, asevera Vives Antón,²¹¹ “comporta la consecuencia de que sólo aquellos bienes e intereses que aparezcan como condiciones exteriores de la libertad podrán ser conceptuados bienes jurídicos”. A la luz de un Derecho penal liberal garantista, “según el cual el injusto del delito ha de

²⁰⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, p. 174. Si comparamos el delito de homicidio con el de infanticidio podemos claramente notar la diferencia entre el bien y la relación social que constituye el “bien jurídico”. En el infanticidio, que es una relación social concreta, se exige una cualidad especial del autor y se describe su peculiar posición frente a la víctima; se describe, además, condiciones de tiempo, datos psicológicos etc. No hay duda que en el infanticidio hay un homicidio, pero, cometido dentro de una relación social diferenciada. Cuando una madre mata a su hijo, dentro de las condiciones temporales previstas por el tipo penal, es indiscutible que ya ha lesionado el bien existencial, el ente (la vida), pero no se sabe todavía si esa lesión constituye una ofensa al “bien jurídico” del infanticidio, que es la relación social total prevista en la ley.

²⁰⁷ Cfr. *infra* en este Capítulo, n. 7.1.

²⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 271, concuerda que el objeto central de referencia de la protección jurídico-penal es el individuo, pero, siguiendo las tesis de Calliess y Mir Puig, subraya que ese objeto “debe expresar las condiciones que hacen posible su libre desarrollo a través de su participación en la vida social”.

²⁰⁹ “Todo derecho existe para el hombre. Tiene por objeto la defensa de los intereses de la vida humana (*Lebensinteressen*)” (VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.ª ed., trad. [de la 20.ª ed. alemana] Jiménez de Asua, p. 6).

²¹⁰ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal-I*, p. 61.

²¹¹ Véase VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 25.

caracterizarse como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, bienes jurídicos son, exclusivamente, las condiciones exteriores de la libertad”.²¹²

No es discrepante la doctrina de Terradillos Basoco:²¹³ “ni los derechos subjetivos, ni los intereses, ni los valores, ni la funcionalidad con respecto al sistema pueden ser un referente material válido. Sólo la satisfacción de necesidades puede hacerlo. El Derecho penal debe acometer la tarea de tutelar la satisfacción de las necesidades humanas, dirigiendo la conminación penal solo frente a las conductas (todas) que dificulten gravemente o imposibiliten la participación no discriminatoria en los procesos de producción y distribución igualitaria de la riqueza producida”.

El bien jurídico, resalta el mismo autor, “tal como ya afirmara taxativamente Liszt, ‘no es un bien del Derecho’ (como Binding y otros suponen), sino un bien de los hombres reconocido y protegido por el Derecho”.²¹⁴

Las dos características siguientes de la relación social (del bien jurídico) jurídicamente protegible son la *dialecticidad* y la *historicidad*: “la relación social expresa siempre una relación dialéctica (dinámica), pues constantemente, por los intereses contrapuestos existentes dentro del desarrollo social, se producirán procesos de tesis, antítesis y síntesis. De ahí que así planteado el bien jurídico no sólo sea un concepto crítico respecto del sistema jurídico, sino también respecto del sistema social. De ahí

²¹² Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, 1982, p. 25.

²¹³ TERRADILLOS BASOCO, Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal, *Pena y Estado*, 1991, p. 22.

²¹⁴ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal, *RFDUC*, 1981, p. 129.

mismo que el bien jurídico expresará siempre momentos históricos de síntesis, que en otro momento ya será sólo una tesis y así sucesivamente (...) Es pues todo lo contrario a una simple categoría, dogma o fórmula puramente conceptual. Como relación social concreta y determinada absorberá, por tanto, su mundo cultural y también quedará afectada por la ideología, es decir, por los subproductos de la alienación que tienden a disfrazar la realidad. Allí en la relación social concreta están los hombres y su mundo”. Concluye enseguida Bustos Ramírez²¹⁵ que *el bien jurídico es una síntesis normativa determinada de una relación social concreta y dialéctica*.

Con relación a la *dialecticidad* entre el tipo y la norma Hormazábal Malarée²¹⁶ ha resaltado que “cuando el tipo castiga el homicidio, está castigando una relación social específica que niega la relación social concreta vida. Cuando castiga la coacción, está castigando una relación social que niega al bien jurídico libertad en la forma específica establecida en el tipo de las coacciones. Por eso el tipo no se agota en una acción, sino que más allá de ella es continente de una relación social especificada objetiva y subjetivamente mediante elementos descriptivos, normativos y psíquicos, que configuran una situación social dotada de sentido y significación (...) El tipo contiene una relación social que niega otra relación social, la relación social concreta protegida por la norma penal, que es el bien jurídico. Por lo tanto, la relación entre norma y tipo es una relación dialéctica de afirmación y negación de una relación social concreta. La norma penal afirma al bien jurídico en la medida que lo protege prohibiendo su afección. El tipo penal es continente de una forma

²¹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 63.

²¹⁶ HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 152.

específica de negación de esa relación social concreta que es el bien jurídico protegido por la norma”.

Un concepto “crítico” de bien jurídico como el que se está diseñando, “en la medida que posibilita cotejar la realidad social con la realidad normativa”, permite no sólo dar mayor visibilidad al proceso de las decisiones político-criminales, sino también un permanente control del conjunto normativo vigente que puede, en cada momento distinto histórico, presentar desequilibrios que irían a fundamentar nuevos movimientos de reforma del ámbito de lo prohibido penalmente.

Para Hormazábal Malarée²¹⁷ bienes jurídicos, en suma, son relaciones sociales concretas de carácter sintético protegidas por la norma penal que nacen de la propia relación social democrática como una superación del proceso dialéctico que tiene lugar en su seno.

En lo concerniente a la relación entre el bien jurídico y la Constitución afirma: “la Constitución desde este punto de vista aparece como un texto rico en cuanto continente de necesidades y de orientación. Sin embargo, discrepando de las teorías constitucionales, no puede esperarse de la Constitución otra cosa que orientación para el establecimiento de los bienes jurídicos, pero desde el concepto más amplio y general del de necesidad humana”.

La pretensión es la de colocar al hombre, como sujeto titular de libertad y de dignidad, en una posición antinómica, en la más pura tradición iluminista, frente al poder entendido en sentido amplio, no sólo el público, sino también el que ejerce las esferas privadas.

²¹⁷ HORMAZABAL MALAREE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 167.

El objeto de protección, en resumen, tiene origen social, no es una exclusiva decisión del legislador, si bien que debido al principio de legalidad, a él cabe la tipificación de la conducta (es decir, de la relación social). Bien jurídico, así, no es nada más que la expresión normativa de una relación social conflictiva. Es una realidad ontológica preexistente.

Como reconocía Arturo Rocco²¹⁸: “... como el bien, antes de ser jurídico, es un bien de la vida humana individual y social y, el interés, antes de ser jurídico, es un interés humano, así el concepto de bien, antes de ser un concepto jurídico, es un concepto sociológico o psico-sociológico...”.

Si bien es cierto que la *individualidad* sea la nuclear característica del concepto crítico de bien jurídico, ello no significa que no existan bienes *supraindividuales*.²¹⁹ Hay bienes que tienen un carácter microsocioal (vida, salud individual, libertad, honor etc.) y otros que son macrosociales, con los cuales se trata de proteger también las relaciones microsociales. Se distinguen los macrosociales en bienes jurídicos *institucionales* (administración de justicia, fe pública), *colectivos* (salud pública, seguridad colectiva etc.) y de *control* externo o interno del Estado.²²⁰

La modernización de la sociedad (que ya superó el período de la industrialización para ingresar, según Daniel Bell en la era post-industrial,

²¹⁸ ROCCO Arturo, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 244.

²¹⁹ Sobre la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos *supraindividuales* cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 183 y ss.

²²⁰ Véase HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, p. 155. Cfr. infra en este Capítulo, n. 7.5, la clasificación adoptada en este trabajo, que es casi coincidente con la que acaba de ser mencionada. De cualquier manera, debe advertirse que contribuye a la dificultad de caracterizar las diferentes categorías de bienes jurídicos la variada terminología empleada para referirse a cada una: así SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 67 (nota 202).

tecnológicamente avanzada) ha provocado un cambio extraordinario, tanto cuantitativo, como especialmente cualitativo, en las relaciones sociales, de forma que hoy también los conflictos ya no son puramente interpersonales, sino difusos, colectivos. Y ello ha exigido una intervención más acentuada del Estado (social), que en los tiempos del Iluminismo se centraba prioritariamente en relaciones personales. Es legítima, entonces, la tutela de los bienes supraindividuales, pero no se puede olvidar el valor de la persona humana, que constituye el eje central argumentativo de interpretación de los bienes supraindividuales.

Con Mendez Rodríguez,²²¹ en síntesis, estamos de acuerdo en considerar que el bien jurídico colectivo es complementario del individual: “ello significa reconocer que un Estado como el nuestro tiene una orientación netamente personalista, que no justificaría la protección de intereses supraindividuales si no fuese una forma de protección de la relación social básica que sólo puede ser individual. Es en este sentido, a mi juicio, en el que la definición del bien jurídico colectivo como complementario del individual cobra pleno sentido (...) Y los límites a la consolidación penal de los bienes jurídicos colectivos serían los mismos: los preceptos constitucionales en cuanto límite normativo y los principios penales, acuñados para la delimitación del ámbito de lo punible (que cobran sentido precisamente en referencia al bien jurídico), en cuanto límite axiológico, que siguen siendo igualmente válidos, el principio de *ultima ratio*, la definición precisa del bien jurídico etc.”.

²²¹ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 32.

De cualquier modo, no todo bien jurídico puede ser un bien jurídico-penal. Se puede proteger un bien de diversas maneras. La tutela penal es la *última* (cfr. *supra* especialmente Cap. II).

5. De los criterios de (des) legitimación del proceso legislativo en la selección del bien jurídico

Una síntesis de los criterios hasta aquí expuestos nos lleva desde luego a afirmar que ellos se caracterizan mucho más como parámetros de *deslegitimación* que de *fundamentación positiva* del proceso legislativo de selección del bien jurídico.

Y, en realidad, si no puede alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de la noción de bien jurídico, es decir, “un catálogo” (positivo) de los bienes, si la teoría del bien jurídico no puede casi nunca decirnos *positivamente* que una determinada proposición penal es justa mientras protege un determinado bien jurídico, de ella al menos se espera que nos ofrezca una serie de *criterios negativos de deslegitimación*. Y “Esto es todo lo que se pide a la categoría del ‘bien jurídico’, cuya función de límite o garantía consiste precisamente en el hecho de que la lesión de un bien debe ser condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito”.²²²

Con el propósito de sintetizar lo que se ha dicho sobre el proceso de selección del objeto de protección cabe señalar:

²²² Véase FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 471.

(a) que el bien jurídico debe tener como “objetos empíricos” bienes o intereses existenciales (personales) considerados en función de *relaciones sociales conflictivas*, que se caracterizan, entonces, por la *individualidad* (la persona está en el centro de las relaciones que el legislador selecciona, dando prioridad a unos tipos de intereses emergentes del conflicto en detrimento de otros), *dialecticidad* (antagonismo, conflictividad de intereses), *historicidad* (en el momento de la protección la relación seleccionada representa una síntesis pero después pasa a ser tan sólo una tesis)²²³ y *anterioridad* (las relaciones conflictivas, según una línea demarcada de forma pionera por von Liszt, existen en la sociedad y con anterioridad al momento legislativo; son relaciones preexistentes, es decir, no son “creadas” por el legislador, conforme pretendía Binding).

Siguiendo una expresiva síntesis del pensamiento de Arturo Rocco:²²⁴

“1) el delito no puede ser definido exclusivamente como lesión de una obligación, sino siempre lesión o puesta en peligro de un bien o interés (que aquella obligación pretende tutelar); 2) tal interés (individual o social) se constituye por una exigencia de la vida humana, cuya tutela se muestra necesaria para la manutención de las condiciones de la vida en sociedad; 3) el interés es por ello una realidad (socialmente relevante) que preexiste a la norma jurídica y que, con el tiempo, viene a contemplar; 4) que en la raíz de la teoría del bien jurídico se encuentra una fundamental inspiración liberal, que tiene por fin contener la “omnipotencia” del legislador, mediante la reconducción a las exigencias de la realidad social”.

²²³ Sobre la historicidad de los valores protegidos por la norma penal: cfr. CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 111-112).

²²⁴ La síntesis ha sido hecha por GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 27.

(b) que la noción de bien jurídico no está vinculada necesariamente a algo *físico-corpóreo*: “lo esencial reside en el carácter de fundamentalidad del bien para la realización humana en comunidad, no en la naturaleza material o inmaterial; esencial es que las valoraciones del legislador tengan en cuenta la vida del hombre en sociedad... bienes materiales y valores ideales (bienes inmateriales), puesto que no sólo los bienes aprehensibles por los sentidos son esenciales al hombre, no sólo ellos son susceptibles de ser puestos en peligro o lesionados”.²²⁵

(c) que si bien es verdad que los valores contemplados en la Constitución – en principio “merecedores” de protección– no obligan al legislador a criminalizarlos necesariamente, tampoco hay que negar el criterio, aunque negativo, de la “*no-incompatibilidad del bien jurídico con el cuadro axiológico-constitucional*”, que es interpretado corrientemente como “bien de relevancia constitucional” o de “importancia social y verticalmente no-incompatible con la Magna Carta”.²²⁶

De lo expuesto, parece muy razonable, poder afirmarse.²²⁷ (a) que el legislador únicamente está legitimado para seleccionar como punibles los comportamientos que modifiquen situaciones de hecho que al menos no se opongan a los valores constitucionales;²²⁸ (b) no hay impedimento para que

²²⁵ Cfr. CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 88).

²²⁶ Cfr. MANTOVANI, Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, *RIDPP*, 1997, p. 317. Con relación a la relevancia constitucional y comunitaria de los bienes jurídicos cfr. ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y constitución, *Revista Penal*, 1998, p. 1 y ss.

²²⁷ Véase MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 378-380. En sentido análogo: GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 156.

²²⁸ Ello significa, en otras palabras, que “la moderna opinión conduce a la conclusión según la cual la Constitución no pone un límite general al legislador ordinario en la discrecional selección de los bienes que debe ser penalmente tutelados: el legislador no está vinculado exclusivamente a los bienes constitucionalmente relevantes” (cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 84).

se criminalicen hechos ofensivos a bienes que no estén contemplados expresamente en la Constitución, una vez demostrada su importancia social —merecimiento— y la “necesidad” de protección;²²⁹ (c) el legislador penal no puede criminalizar el legítimo ejercicio de un derecho de libertad fundamental (derecho de reunión, manifestación del pensamiento, de huelga, de asociación, de circulación etc.);²³⁰ (d) no puede, además, criminalizar conductas que representen discriminación racial, sexual etc.;²³¹ (e) no tiene obligación de atender las indicaciones constitucionales de criminalización; (f) debe, por otro lado, considerar como “merecedor” de protección los bienes jurídicos a los que la Constitución confiere especial relevancia (pero, ser “merecedor” de tutela no siempre significa ser “necesitado”).²³²

El delito, además, no puede ser configurado como una violación de un deber (sobre todo porque no es mera antinormatividad). No se pueden punir las manifestaciones sintomáticas de personalidad peligrosa, la ideología, la

²²⁹ Sobre la tesis de los bienes “implícitos”: cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 82, que añade: el bien jurídico debe tener relevancia constitucional o semejante (p. 85).

²³⁰ Cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 77 y ss., que remarca la imposibilidad de el legislador ordinario incriminar hechos que constituyen el ejercicio de los mencionados derechos constitucionales (varias Sentencias de la Corte Constitucional han declarado la ilegitimidad de preceptos penales por el citado motivo: n. 142/67, 29/60, 87/66, 49/72, 126/85, 108/74). En esa línea de que no puede el Derecho penal sancionar el ejercicio de derechos fundamentales, se puede citar como ejemplo patente de violación constitucional el art. 39 de la Ley brasileña de Contravenciones Penales, que sanciona quien “participa de asociación de más de cinco personas, ocultando de la autoridad su existencia, objetivo, organización y administración”.

²³¹ Cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 80-81, que enfatiza la imposibilidad de punirse conductas reconducibles a los “superiores” principios constitucionales. Cita una decisión reciente de la Corte Constitucional de Italia (S. 519/96) que ha declarado la inconstitucionalidad del art. 670, n. 2, del CP (“mendicizia”) donde se hace referencia al principio de solidaridad.

²³² Puras violaciones morales no conforman una lesión a un auténtico bien jurídico; no conforman auténticos bienes jurídicos las proposiciones meramente ideológicas; no es punible una violación a un valor de mera ordenación (cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 75-76).

moral o la religión, que no son susceptibles de tutela penal,²³³ debido al principio garantista del hecho. En la duda sobre la creación de nuevos bienes jurídicos a proteger mediante la aplicación de sanciones penales, debemos inclinarnos por su rechazo.²³⁴

Con base en las directrices que acaban de ser someramente enumeradas, la teoría del bien jurídico ha de servir de criterio de interpretación en sentido restrictivo de las normas penales²³⁵ y, además, dentro de ciertos límites,²³⁶ reunirá suficiente capacidad como para juzgar ilegítimas todas las incriminaciones que se opongan abiertamente al texto constitucional.

6. La exigencia de concreción del bien jurídico como condición *sine qua non* del carácter necesariamente ofensivo del delito

Una de las exigencias fundamentales relacionadas con la actividad incriminadora del Estado, derivada del *principio de ofensividad* y que debe integrar el sistema de garantías orientado a evitar el arbitrio en el momento

²³³ Cfr. MAZZACUVA, Diritto penale e Costituzione, *Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 85.

²³⁴ Cfr. CUELLO CONTRERAS, Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal, *ADPCP*, 1981, p. 471.

²³⁵ Cfr. MAZZACUVA, Diritto penale e Costituzione, *Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 86, que afirma: “la fuerza de atracción del bien jurídico (constitucional o de semejante relevancia) conserva un papel dominante en la lectura del ilícito penal y merece ser salvaguardado. Es necesario ‘identificar’ el bien efectivamente tutelado en cada caso concreto; incluso cuando la tutela es fuertemente anticipada, no se puede renunciar a la individualización del bien jurídico objeto de protección”.

²³⁶ Pese al planteamiento constitucionalista de la teoría del bien jurídico y la evidencia de que el bien jurídico constitucionalizado es un poderoso instrumento de reconstrucción del Derecho penal, fundado en una política criminal personalista, no hay como dejar de reconocer su “realístico relativismo”: (a) porque no ofrece una “solución mágica” al problema de la selección de los bienes jurídicos; (b) porque el objeto de la tutela penal está sujeto a valoraciones de “merecimiento” (fragmentariedad), “necesidad” (subsidiariedad) y “efectividad” (idoneidad), que son conceptos indeterminados y de no automática aplicabilidad; cfr. MANTOVANI, Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, *RIDPP*, 1997, p. 319.

legislativo, consiste en la *concreción del bien jurídico* que, en el contexto de un Derecho penal del *ius libertatis*, representa el instrumento “*ottimale*” para la construcción de un sistema auténticamente liberal, es decir, que respete los derechos fundamentales de la persona y sea capaz de limitar el poder del legislador.²³⁷

Si la proposición central que emana del principio de ofensividad, como veremos detalladamente en su momento,²³⁸ es la de que no puede haber prohibición penal sin un contenido ofensivo a bienes jurídicos (*nulla necessitas sine iniuria, nullum crimen sine iniuria*), corresponde ahora examinar las exigencias que dimanen de la premisa puesta, subrayando que: (a) con el concepto de delito como ofensa a un bien jurídico son incompatibles los bienes jurídicos de “amplio espectro”, indeterminables o indefinibles; ese límite debe ser observado con máximo rigor por el legislador,²³⁹ (b) además, la forma de ofensa al bien jurídico debe venir definida en la ley (*nulla lex sine iniuria*).

En el Estado de Derecho de la libertad, en consecuencia, impone asumir la tesis de que el legislador cuenta con la obligación de *individualizar con precisión el bien jurídico*, cuya afectación perturbe la convivencia social, es decir, cause efectivos daños sociales.

Las otras exigencias derivadas del principio de ofensividad, luego veremos, son: (a) decidir cuál es el nivel de protección que ese bien jurídico merece (lesión o peligro); (b) elaborar la descripción legal de una conducta

²³⁷ Así: GIUSINO, *I reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 113, que afirma no ser la exigencia de concreción del bien jurídico frente al legislador una garantía absolutamente cierta.

²³⁸ Cfr. infra Cap. IV, especialmente.

²³⁹ Sobre la necesidad de concreción del bien jurídico cfr. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, RIDPP, 1992, p. 480-482.

ofensiva a ese bien jurídico, que conlleve una lesión o al menos peligro concreto de lesión al bien protegido.

Si el problema capital del principio de ofensividad, hasta hoy, no ha sido tanto de fundamentación normativa (constitucional y legal)²⁴⁰ o incluso de reconocimiento de su relevancia político-criminal y dogmática, sino sobre todo de *fecundidad* operacional, sobre todo frente al legislador, creemos que ya contamos con una base más que suficiente para decir que ha llegado el momento de no enfocarlo como un simple principio “formal”, sino “material”, empezando por la atención a sus exigencias legislativas.

La doctrina italiana en la actualidad, que ha desarrollado *ex-profundis* el tema de la ofensividad, en lo que concierne a la preocupación con su *fecundidad práctica* en el momento legislativo de la incriminación culmina por revelar una cierta desilusión.

Marinucci/Dolcini,²⁴¹ por ejemplo, afirman que “el principio constitucional de ofensividad cuenta con carácter puramente formal: vincula al legislador a valerse de la pena sólo en presencia de una ofensa (lesión o peligro) a un bien jurídico, pero no indica cuáles son o deben ser los bienes jurídicos. Un Derecho penal del bien jurídico puede ser por ello liberal en el plano de la estructura del delito, pero no liberal en su contenido (...); el modelo de delito como ofensa al bien jurídico (...) asegura a la legislación penal la ‘forma’ característica de un Derecho penal liberal (...) pero deja abierto el contenido de la norma incriminadora; aunque atendiendo a la idea de que el delito es una ofensa a un bien jurídico, el legislador no encuentra en aquel modelo ningún vínculo para la selección de los objetos o de las relaciones

²⁴⁰ Cfr. *infra* Cap. IV, n. 4.

²⁴¹ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, pp. 343-344 y 378.

como bienes jurídicos a ser tutelados con el arma de la pena. Como muestra la experiencia italiana fascista, las normas incriminadoras pueden ser construidas de acuerdo con la “forma liberal” de ofensa al bien jurídico, pero con contenidos no liberales”.

Tanto el concepto “constitucional” de delito como el principio de ofensividad se caracterizan, hasta ahora y frente al legislador, por la “formalidad” y ello porque “no indican cuáles son o deben ser los bienes jurídicos”, es decir, porque no delimitan el “objeto” de la ofensa que es el bien jurídico. Para que el Derecho penal del bien jurídico, por lo tanto, llegue a ser “liberal” en el plano de la estructura del delito y “no autoritario” en su contenido, impone vincular cada vez más las facultades selectivas del legislador (su *facultas agendi*) a criterios seguros y fiables, que permitan elegir el bien jurídico de forma razonable y compatible con las funciones que él está orientado a cumplir.

Y una de esas exigencias *político-criminales* como estamos examinando consiste en la necesidad inaplazable de *individualizar* lo más posible el bien jurídico.²⁴² Es preciso, entonces, dotar la teoría del *bien jurídico* de esa característica más, de este *límite* más, sin perjuicio de lo que otros principios o directamente la Constitución ya plantean. Y no se trata, en definitiva, de una exigencia nueva. Ya el “padre” de la teoría del bien jurídico, Birnbaum,²⁴³ decía que el delito representa precisamente la

²⁴² Aceptando que al concepto de bien jurídico debe atribuirse un significado preeminente, de dirección teleológica en la reconstrucción de las partes especiales de los códigos penales, WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, p. 104, señala que “el concepto de bien jurídico no debe ser ni muy estrechamente vinculado a la representación de un evento del delito entendido en sentido naturalístico ni, para evitar el exceso opuesto, debe ser determinado, espiritualizándolo, de manera extraña a la realidad de la vida”.

²⁴³ BIRNBAUM, *Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonder Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung*, citado por STELLA, *La teoría del bene giuridico e i c.d. fatti inofensivi conformi al tipo*, RIDPP, 1973, p. 4.

violación de un bien jurídico material, individual o colectivo, garantizado por el poder estatal y *naturalmente violable*.

La exigencia de concreción del bien jurídico corresponde a lo que un sector de la doctrina italiana llama de “*aferrabilità*”,²⁴⁴ que reconduce a la idea de que el bien jurídico para poder ser tutelado en Derecho penal necesita de una inaplazable cualidad *ad extra* como es la concreción (“determinabilidad”) o “definibilidad” o, como se usa en la terminología alemana, su “perceptibilidad” (*Greifbar*), que nada más es que su “capacidad de ser afectado, es decir, lesionado o puesto concretamente en peligro”.²⁴⁵

Ofensividad, en ese sentido, nada más es que la capacidad de lesividad (lesión o peligro de lesión), que se extrae naturalmente de la “perceptibilidad” o “visibilidad” del bien jurídico.

Es, en síntesis, lo que M. E. Mayer llamó de “capacidad de protección”.²⁴⁶ “el legislador debe examinar la capacidad de protección; no todo deber puede, no todo deber debe ser impuesto coactivamente. Aunque se piense que es mucho el merecimiento de protección y la necesidad de protección, por ejemplo, de la moral sexual, el hecho es que su capacidad de protección sale muy mal parada. Si la legislación se niega a reconocer su incapacidad, el orden jurídico se expone a derrotas, se presenta como un general inepto

²⁴⁴ Cfr. sobre la terminología italiana (“*aferrabilità*”) MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 86. Aún sobre la necesaria ‘*aferrabilità*’ del bien jurídico: cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 82.

²⁴⁵ Cfr. sobre el carácter vulnerable del bien jurídico, que debe ser susceptible de lesión, JÄGER, *apud* CUNHA (Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 85).

²⁴⁶ M. E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts Lehrbuch*, 2.^a ed., 1923, p. 23, citado por GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 26-27.

frente a tareas para las que no están preparadas sus tropas. *Ubi nihil vales, ibi nihil velis*".

Esa capacidad de protección, según Aguado Correa,²⁴⁷ es reconducible al principio de idoneidad (que es la primera expresión del principio de proporcionalidad): "Es a partir de esta capacidad de protección cuando se puede hablar de idoneidad o inidoneidad del Derecho penal, capacidad que habrá que valorar teniendo en cuenta todas las condiciones reales del sistema. No todos los bienes jurídicos que reúnen las dos primeras cualidades son también aptos o idóneos para ser protegidos penalmente, ofreciéndose como ejemplo de estos bienes jurídicos la moral sexual. La misión del Estado no es tutelar moralmente a sus ciudadanos, razón por la cual han desaparecido del Derecho penal moderno delitos como la homosexualidad entre adultos, el adulterio. En virtud de este principio de idoneidad, el Derecho penal únicamente puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz e idóneo para prevenir el delito, debiéndose evitar su intervención cuando político-criminalmente éste se muestre inoperante, ineficaz o inadecuado o cuando incluso se muestre contraproducente para la prevención de delitos".

La exigencia de "perceptibilidad" o "visibilidad" volvió al centro del debate del bien jurídico en Alemania, en el final de los años 50, cuando se discutía la reforma del Derecho penal "sexual" (*Sexualdelikte*).

Se reintroduce en la discusión la legítima preocupación relacionada con el proceso de *concretizzazione* del bien jurídico a ser tutelado, precisamente porque en el ámbito de los delitos sexuales es donde no se distingue

²⁴⁷ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 151.

muchas veces con claridad el Derecho penal de la moral o de la ética. La exigencia aquí examinada, también conocida como *Handgriflichkeit*, tiene como natural destinatario el legislador, que debe evidentemente preocuparse, en el momento de la selección del bien jurídico (de la definición de cuáles intereses deben prevalecer dentro de una determinada relación social conflictiva), por individualizar al máximo posible el “objeto” de tutela.

Si es cierto que por medio del tipo penal o supuesto de hecho descubrimos la *norma* y el *bien jurídico protegido*, precisamente en el momento de la configuración descriptiva del delito el legislador debe dotarlo de la máxima *concretezza*, lo que significa que el bien jurídico a ser tutelado debe contar con la calidad de la “perceptibilidad” o concreción.²⁴⁸

La exigencia de concreción surge entonces como una instancia crítica de la legislación vigente, para sobre todo *cuestionar la legitimidad legal y constitucional* de (a) los delitos de “amplio espectro” (*amplo spetro*), como el “orden público”, el orden tributario etc.; (b) la “vaguedad” (*vaguezza*) de algunos intereses (“moralidad pública”, “las costumbres”) o (c) la tutela de bienes no “consolidados” todavía en la sociedad (como derechos de la personalidad, la identidad personal etc.).²⁴⁹

Una vaga y amplísima descripción legal (v.g.: “*causar daños socialmente relevantes al orden público*”),²⁵⁰ si bien podría eventualmente cumplir,

²⁴⁸ Sobre el origen del principio y de su función político-criminal en Alemania cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 86-87.

²⁴⁹ Cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 87-88.

²⁵⁰ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 239, que cita como supuestos clásicos de falta de tipificación el propuesto por Beling: ‘Todo canalla será penado’, o el ejemplo propuesto por Welzel, que históricamente aparece como de realización más fácil: ‘El que viole los principios del orden socialista (o democrático o nacionalsocialista, o lo que sea) será penado’, o, como dice Schröder: ‘el que se comporte inicualemente será castigado según equidad’; por último, puede citarse la fórmula de Bricola: ‘Todo hecho contrario a los intereses de la sociedad, o la clase obrera etc.’. En

según un pensamiento extremadamente positivista, el principio de legalidad y el aspecto técnico-legislativo (“formal”) del principio de ofensividad, jamás puede atender en el sentido “material” a la exigencia político-criminal que estamos analizando, que impide terminantemente la acogida (en cuanto a tutela penal) de bienes jurídicos “indeterminables”, “indefinibles”, “no vulnerables”, “inabarcables”, “imperceptibles” o “no susceptibles de ofensa”.

En eso, entonces, reside una de las virtudes político-criminales del principio de ofensividad, que reivindica para el *contenido del bien jurídico* una estricta observancia de la característica de la “perceptibilidad”, que es *materialmente* muy importante.

Al lado, por tanto, de los *límites* que ya hemos mencionado –un bien o interés existencial (personal) implicado en una relación social conflictiva marcada por la individualidad, dialecticidad, historicidad y anterioridad, la no-incompatibilidad del bien jurídico con el cuadro axiológico-constitucional– hay que considerar también el de la concreción o “perceptibilidad” (“aferrabilità” o “*Handgriflichkeit*”), que está destinado a impedir que el legislador seleccione como bien jurídico algo que es indeterminable o no susceptible de ofensa (en razón de su amplísimo espectro o de su vaguedad o más aún de su no consolidación en las relaciones sociales).

Cuanto más vago, cuanto más amplio o indeterminable sea el bien jurídico (“orden público”, “política financiera o económica del Estado”, “moral

verdad, añade MADRID CONESA (ob. ult. cit.), “en todos estos casos, la voluntad del legislador está suficientemente clara en los diferentes tipos, e incluso en alguno de ellos, el de Welzel o el de Bricola. los límites del contenido a que hace referencia el lenguaje podrían ser delimitados con facilidad, pero sería el juez mismo el que debe individualizar los diferentes delitos sin ningún parámetro que no sea el de la dañosidad social”.

sexual” etc.), menor es su capacidad de lesividad y, proporcionalmente, mayor es su disenso con el (aspecto político-criminal y garantista del) principio de ofensividad.

El bien jurídico, así, gradual y proporcionalmente va perdiendo su legitimación constitucional y democrática en la medida en que más se va distanciando de la concreción, de la individualidad. Cuanto más abierto y menos susceptible de ofensa resulta más conflictivo con la inexcusable exigencia de la perceptibilidad (de la “*aferrabilità*”).

Por ello, si pretendemos que el Derecho penal del bien jurídico no sea “liberal en su estructura disertativa y autoritario en su contenido”, tenemos que hacer de las diversas dimensiones de la función político-criminal del principio de ofensividad una realidad vinculante al legislador ordinario porque, dentro del Estado Constitucional de Derecho, y conforme a la teoría de la “doble artificialidad” de Ferrajoli,²⁵¹ la producción legislativa se caracteriza tanto por el carácter positivo de las normas (positivismo jurídico), como por su sujeción al derecho, es decir, la producción legislativa se encuentra disciplinada por normas, formales y sustanciales, del propio derecho positivo.

No importa si el sustrato empírico del bien jurídico es una realidad *material* (la vida, propiedad, v.g.) o *inmaterial* (el honor, v.g.); si es *individual* o *supraindividual*: lo fundamental, según la perspectiva del principio de ofensividad, es que sea algo determinado o determinable y susceptible de ofensa.

²⁵¹ FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 19.

Los bienes jurídicos, en efecto, deben ser “situaciones de hecho permeables de valores, que pueden ser modificadas y que pueden por ello ser tuteladas contra tales modificaciones; en una palabra: son situaciones de hecho ofensibles, tutelables”.²⁵² Es de la capacidad de ofensividad del bien jurídico además de los valores que presiden el sistema normativo-constitucional desde donde se puede llegar al *modelo de delito como ofensa (lesión o peligro) a bienes jurídicos por lo menos compatibles con el cuadro axiológico-normativo constitucional*.

De cualquier modo, la exigencia de individualización del bien jurídico no puede ser interpretada según una concepción excesivamente real o material. La importante distinción entre bien jurídico y objeto material del delito (o de la acción) permitió aclarar como aquél no puede ser entendido en sentido físico-corpóreo.²⁵³

De lo expuesto y con la finalidad de recuperar en su más amplia dimensión la *función garantista* de la idea del bien jurídico, una parte de la doctrina sostiene (*de lege ferenda*): (a) eliminar o al menos reducir al máximo la posibilidad de que el legislador criminalice “delitos sin víctimas” o “con víctimas no identificables” (*opferverdünnter Delikte*); (b) que el bien jurídico sea determinado o perfectamente determinable en la formulación del tipo penal o supuesto de hecho;²⁵⁴ (c) que cumplan estrictamente sus condiciones básicas (importancia social –merecimiento– y necesidad de

²⁵² Así MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 294.

²⁵³ Así GIUSINO. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 68. La vida humana, considerada dentro de una determinada relación social, es el bien jurídico en el delito homicidio; objeto material es la persona atacada.

²⁵⁴ Véase HASSEMER. Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale” *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 368.

protección por el Derecho penal);²⁵⁵ (d) la “personalización” del concepto del bien jurídico.²⁵⁶

Ahora bien, si además de las exigencias y límites ya trazados agregamos las *postulaciones* derivadas de otros principios político-criminales que dimanen esencialmente de la Constitución (*principio de fragmentariedad*: exclusivamente los ataques más relevantes pueden ser criminalizados; *principio de subsidiariedad*: el Derecho penal sólo debe intervenir cuando otros medios no se presenten como más adecuados;²⁵⁷ *principio de proporcionalidad*: necesidad e idoneidad de la tutela etc.),²⁵⁸ entonces finalmente nos aproximamos al *contenido* del concepto de bien jurídico-penal, cuya relevancia en el Derecho penal de la libertad es absolutamente incontestable, sobre todo en virtud de las diversas *funciones* que está orientado a cumplir.²⁵⁹

²⁵⁵ Así MIR PUIG, Bien jurídico y bien-jurídico penal como límites del *ius puniendi*, *EPC XIV*, 1991, p. 209 y ss.

²⁵⁶ Uno de los más destacados defensores de esa concepción personal es HASSEMER (Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, *Doctrina Penal*, 1989, p. 281-285). Reconociendo, sin embargo, que una teoría de esta naturaleza no se ve favorecida por la coyuntura, fundamenta su pensamiento en la tradición (liberal de Estado) de funcionalizar los intereses generales y del Estado a partir del individuo: los bienes jurídicos universales tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden con los intereses –conciliados– del individuo; la aportación de una teoría personal del bien jurídico sería doble: en primer lugar, puede insistir con especial fuerza en la necesidad e idoneidad de las respectivas amenazas penales para la protección de los bienes jurídicos, y en segundo lugar, y coherentemente con esto, puede dar en este campo fundamentos más profundos al tradicional principio de subsidiariedad”. También PALAZZO (*apud* MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 73), frente a la anomia generada por una artificial superproducción legislativa, sostiene la necesidad de ofrecerse unos firmes criterios político-criminales para la individualización de los intereses dignos de tutela penal, comenzando “por la selección de intereses vinculados a la persona”. Cfr. aún: PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, *RIDPP*, 1992, p. 463 y ss.

²⁵⁷ Sobre el principio de intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad) cfr. *supra* Cap. II.

²⁵⁸ Sobre los principios de creación de bienes jurídicos cfr. CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. PG, nociones introductorias. Teoría del delito*, p. 59 y ss.

²⁵⁹ Cfr. *infra* en éste Cap. III, n. 7.4.

En conclusión: asumiendo —como en éste trabajo estamos asumiendo— la *imprescindibilidad* de la teoría del bien jurídico-*penal*, no hay como dejar de reconocer que, a pesar de todos los problemas que presenta,²⁶⁰ incluso de realización práctica, es la única que permite plantear una pluralidad de *exigencias* esenciales en la configuración de un Derecho penal típico del Estado constitucional y democrático de derecho, tales como: “de orientar el juez en la determinación del verdadero contenido del supuesto de hecho; de permitir así una interpretación no apartada de la realidad social de la cual la norma es consecuencia y a la cual se aplica; de posibilitar una continua adecuación del contenido prescriptivo de las leyes penales, en consonancia con los objetivos de la sociedad; de asegurar que el acusado sea llamado a responder no por una cualquier violación de deberes de fidelidad o por la *Gesinnung*, sino por la realización de un hecho objetivo antijurídico; de ofrecer las bases para una construcción racional del código penal fundada en ofensas objetivamente individualizables y para graduar la entidad de las relativas sanciones de modo proporcional a la distinta gravedad de la ofensa; de permitir un control en términos sustanciales de las razones por las cuales el legislador ha instituido una cierta disposición, con el propósito de valorar la corrección de la técnica legislativa empleada; de constituir el punto de referencia para el juicio de legitimidad constitucional de las

²⁶⁰ Tanto la selección del bien jurídico como, en consecuencia, los procesos de criminalización o descriminalización dependen de “juicios de valor” y toda labor realizada en sentido crítico siempre ha tenido la preocupación de reducir el arbitrio o el subjetivismo del legislador. Nunca, con todo, se ha dejado de reconocer que “el concepto de bien jurídico no es una varita mágica con cuya ayuda se pudiera separar sin más, por medio de la subsunción y de la deducción, la conducta punible de la que debe quedar impune; solo es una denominación de lo único que es lícito considerar digno de protección desde el punto de vista de las misiones del Derecho penal” (ROXIN, “Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo, *Problemas básicos del Derecho penal*, 1976, p. 46-47). Existe, además, siempre el riesgo de que los grupos en el poder —o los grupos con poder— impongan al resto de la sociedad sus valores y asimismo la posibilidad de contemplar el bien jurídico en un sentido espiritualista. Ello sólo puede ser limitado eficazmente con las garantías limitadoras propias de un sistema democrático fruto del equilibrio de poderes (así, DE LA CUESTA AGUADO, Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *RDPC*, 1996, p. 191).

normas penales, con base en la relación que se establece entre el valor tutelado, modo de la tutela y directrices contenidas en la Constitución”.²⁶¹

7. El bien jurídico-penal: conceptos fundamentales, distinciones, funciones y tipología

7.1. Bien jurídico, su sustrato empírico y objeto material

Son inconfundibles el bien jurídico y su sustrato empírico. El primero “es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente; el sustrato puede aparecer en las más diferentes formas: como objeto psicofísico o espiritual-ideal (por ejemplo, aquel, la vida —éste, el honor), o como estado real (p. ej., la tranquilidad del hogar), o como relación vital (p. ej., el matrimonio o el parentesco), o como relación jurídica (p. ej., la propiedad, el derecho de caza), o aun como conducta de tercero (p. ej., el deber de fidelidad del empleado público, bien jurídico protegido en el soborno)”.²⁶²

El sustrato del bien jurídico es una “cosa” (material o inmaterial), es un bien o interés existencial (personal), pero esa cosa (la vida, el honor etc.) para transformarse en un bien jurídico depende de una “significación

²⁶¹ Cfr. GIUSINO. *I reati de pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 99, quien, más allá de señalar que la función central del bien jurídico es la de expresar la realidad social y humana que la norma penal pretende tutelar, advierte para la necesidad del intérprete, legislador, Corte Constitucional y doctrinador orientarse en la búsqueda constante de ese vínculo entre el delito y el bien jurídico protegido.

²⁶² Cfr. WELZEL. *Derecho penal alemán*, p. 15.

social”, es decir, de una *valoración*: luego, bien jurídico es la suma de una cosa (bien o interés existencial) con un valor agregado. Un bien, así, “es siempre *algo más* que una ‘cosa’. Pero también es esa ‘cosa’, sólo que contemplada en su valor funcional: el bien es una *cosa valiosa*, entendiendo aquí por cosa toda realidad existencial con independencia de su carácter material o inmaterial. El concepto de bien jurídico es, pues, expresión de una relación dialéctica de realidad y valor. Un Derecho penal protector de bienes jurídicos no tutela puros valores en sí mismos, sino realidades concretas: ninguna protección jurídico-penal merecería el ‘valor vida’ si no se encarnase en la vida de una persona real; el Derecho penal no ha de proteger el ‘valor vida’ en cuanto tal valor, sino las vidas concretas de los ciudadanos”.²⁶³

Los bienes jurídico-penales, por tanto, son bienes e intereses existenciales (personales) valorados *positivamente* y protegidos dentro y en los límites de una determinada relación social conflictiva. El valor vida, por ejemplo, no es tutelado de modo idéntico en el homicidio y en el infanticidio. En el caso de la eutanasia puede ser que el resultado típico (muerte) no sea disvalioso y, por ende, no represente un ataque penalmente relevante, es decir, una ofensa al bien jurídico protegido.

No hay que identificar, por otro lado, el bien jurídico (un bien o interés existencial referido a una concreta relación social valorada positivamente) con el *objeto material* del delito u objeto de la acción, que es la persona o cosa sobre la que directamente recae la conducta del sujeto.²⁶⁴ En el delito de hurto, por ejemplo, el objeto de la acción es la cosa sustraída, el bien

²⁶³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 136-137.

²⁶⁴ Cfr. POLAINO NAVARRETE. *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 36 y ss.; PRADO (Luiz Regis, *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 47).

jurídico es la propiedad, enfocada dentro de una determinada relación social.

7.2 *Bien jurídico y bien jurídico-penal*

Aunque constatada la significación social (el valor) de la cosa (material o inmaterial, individual o supraindividual), ello no significa que automáticamente ese bien jurídico deba transformarse en bien *jurídico-penal*. Los bienes jurídicos no deben recibir una protección absoluta y uniforme del derecho, sino selectiva y fragmentaria.²⁶⁵ “El Derecho penal sólo protege los bienes más valiosos para la convivencia; lo hace, además, exclusivamente frente a los ataques más intolerables de que puedan ser objeto (naturaleza ‘fragmentaria’ de la intervención penal); y cuando no existen otros medios eficaces, de naturaleza no penal, para salvaguardar aquellos (naturaleza ‘subsidiaria’ del Derecho penal)”.²⁶⁶

7.3 *Concepto político-criminal y dogmático*

²⁶⁵ Un bien jurídico para merecer la tutela *penal* debe atender a la triple dimensión del principio de proporcionalidad: dignidad, subsidiariedad y fragmentariedad (cfr. PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, *RIDPP*, 1992, p. 455-456). En el mismo sentido: ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y constitución, *Revista Penal*, 1998, p. 4 y ss.

²⁶⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 41. Vid. aún RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 19, que afirma: “El Derecho penal presenta, de esta suerte, necesariamente *carácter fragmentario*. No protege todos los bienes jurídicos, sino los *más fundamentales*, y ni siquiera protege a éstos frente a cualquier clase de atentados, sino tan sólo frente a los ataques *más intolerables*”.

En el ámbito político-criminal (*de lege ferenda*) se cuestiona *qué bien jurídico* puede *legítimamente* ser objeto de la tutela penal, es decir, teniendo en cuenta exigencias ético-políticas (metajurídicas, derivadas del modelo de Estado social y democrático de derecho) y constitucionales, qué bienes serían merecedores de tutela (y desde luego se sabe que valores puramente morales o religiosos o ideológicos no constituyen objeto de tutela y, por ende, de ofensa).

En el sentido dogmático (*de lege lata*) se verifica *qué bienes concretamente* son tutelados en cada norma penal, lo que se consigue por medio de un método inductivo que consiste en extraer del *corpus* normativo vigente qué bien jurídico ha sido valorado positivamente para constituir el objeto de tutela –y, en consecuencia, de la ofensa– (la vida, propiedad, el honor etc.).²⁶⁷

Cuando utilizamos el concepto político-criminal para constatar en cada norma penal concreta si hay o no correspondencia entre el concepto ideal y el real, entonces se habla de la *función crítica* del bien jurídico, que cuestiona la legitimación del bien protegido, es decir, del propio Derecho penal.

7.4 Funciones del bien jurídico-penal

a) Función fundamentadora del injusto

²⁶⁷ Sobre los conceptos citados cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 134-135.

Una vez concebido el delito como lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico, cumple a la teoría del bien jurídico una función *fundamentadora* del injusto penal.²⁶⁸ Lo injusto, y, por lo tanto, el delito, giran alrededor del bien jurídico: “Es el criterio determinante en los dos ámbitos en que se expresan: la tipicidad y la antijuridicidad; ni el contenido de la tipicidad ni de la antijuridicidad surgen entonces gracias a un planteamiento ontológico o metafísico”.²⁶⁹ Toda interpretación del tipo penal tiene que empezar por la correcta identificación del bien jurídico, que es el fundamento y la razón de la tutela penal y, por consiguiente, del injusto penal.

b) Función sistemática

El bien jurídico es también el criterio que orienta la clasificación de las infracciones penales (de ahí la configuración de la Parte Especial de los Códigos penales en delitos contra la vida, la propiedad, libertad etc.).

c) Función exegética (o interpretativa)

Es de fundamental relevancia determinar en cada tipo legal el bien jurídico protegido para después, según una interpretación teleológica, excluir del ámbito de su incidencia las conductas que no afecten (disvaliosamente) el bien concretamente tutelado.²⁷⁰ De cualquier manera, la interpretación ha

²⁶⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 296. Vid. también: MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 49; RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 329.

²⁶⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 180.

²⁷⁰ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 137, que destaca el siguiente ejemplo: “si los delitos de lesiones atacan al bien jurídico de la salud o integridad física de una persona, en cuanto sirve de base a sus posibilidades de participación social, la intervención quirúrgica *curativa* realizada con éxito no puede dar lugar al tipo de lesiones, porque no agride en aquel sentido a la salud ni a la integridad física, sino todo lo contrario. Falta, por ello, la antijuridicidad material de la conducta”. Aun sobre la función orientadora de la interpretación: DE LA CUESTA AGUADO, Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *RDPC*, 1996, p. 183 y ss. Numerosas disposiciones de los Códigos penales dan lugar a diversas interpretaciones: siempre será preferible la

de realizarse atendiendo también a otros criterios,²⁷¹ como por ejemplo, la “*ratio legis*”.²⁷² Pero ésta no puede con exclusividad guiar la interpretación. Sólo es válida en la medida en que auxilia al intérprete en la búsqueda del verdadero bien jurídico protegido.

d) *Función de garantía (o político-criminal)*

Entendido el delito como lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico, cobra pleno sentido pretender que el poder punitivo estatal sólo pueda castigar la conducta que realiza la referida lesión o puesta en peligro a un bien jurídico socialmente relevante.²⁷³ Sin embargo, el énfasis en torno a la función garantizadora del bien jurídico, como subrayan importantes autores, no debe ser exagerado.²⁷⁴ Incluso porque, a veces, también son considerados como “bien jurídico” “intereses del grupo o clase dominante

que se refiere al comportamiento delictivo como comportamiento lesivo de un bien jurídico (cfr. en éste sentido RUDOLPHI. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 366 y ss.).

²⁷¹ Sobre los cuatro criterios clásicos de interpretación (gramatical, histórico, sistemático y teleológico) cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, p. 44 y ss.

²⁷² Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 295, que señalan: “La ‘*ratio legis*’ puede verse o no cumplimentada o satisfecha desde la previsión legislativa, en tanto que el bien jurídico *siempre* ha de resultar lesionado, o en su caso, puesto en peligro, por la realización del delito, y esta exigencia, por su rigor lógico, aleja toda posibilidad de disminuir la importancia de su función interpretativa en favor de la de la ‘*ratio legis*’”. La combinación entre el principio de protección de bienes jurídicos y el principio de ultima ratio proporciona no sólo la derivación del concepto de injusto jurídico-penal sino también directamente una directriz metódica para la interpretación de los tipos de la Parte Especial: así SCHÜNEMANN, *La política criminal y el sistema de Derecho penal*, *ADPCP*, 1991, p. 705.

²⁷³ Sólo cuando la intervención penal responde a lo que la sociedad –la mayoría– estima como una ‘causa justa’ (bien jurídico), afirma DE LA CUESTA AGUADO, *Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto*, *RDPC*, 1996, p. 179, “se autorizará y respetará su intervención en un Estado democrático que funcione. El bien jurídico funcionará, por tanto, como elemento vivificador del concepto de delito que legitima, justifica y explica la concreta intervención penal”. Únicamente será acertado afirmar que el bien jurídico cuenta con contenido material cuando el legislador proceder en la estructuración de tipos penales según sus criterios materiales. Precisamente esto es lo que falta y faltará también en el futuro: así RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, *NPP*, 1975, p. 331.

²⁷⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 299.

que no tienen un valor fundamental para los restantes miembros de la comunidad. Se trata aquí de una ‘perversión’ del concepto de bien jurídico. La historia muestra claros ejemplos de esto”.²⁷⁵

Pero, dentro de la función político-criminal también cabe reconocer, como consecuencia de su carácter dinámico, una función *crítica* del sistema penal en el sentido de tenerlo sometido a una permanente revisión.²⁷⁶

Por consiguiente, siempre que el legislador no cumpla su papel de individualizar el bien jurídico y asimismo cuando protege un bien jurídico de forma “pervertida” (indeterminada, vaga, conflictiva con la Constitución etc.), no creo que el intérprete en esos casos esté impedido de replantear teleológicamente el tipo delictivo para descubrir el legítimo bien jurídico tutelado por la norma. Este sería el camino para recuperar la función *crítica* de la teoría del bien jurídico.

7.5 Bienes individuales y supraindividuales

²⁷⁵ Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal-PG*, p. 66, que afirman: “De este modo se abusa del Derecho penal como sistema de represión en defensa de las minorías dominantes, poniendo, por ejemplo, la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales –a la propiedad privada, por ejemplo– con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud o a la libertad, o considerando como ‘derechos naturales’, inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de quienes tienen el poder”.

²⁷⁶ Así BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal-I*, p. 61. De todos modos, como señala STRATENWERT, *Derecho penal-PG. El hecho punible*, v. 1, p. 3, “la teoría del bien jurídico no ha podido proporcionar, como consecuencia de su vinculación a las respectivas convicciones culturales, la función crítica que aquí está en discusión”.

Los bienes jurídicos, según el sujeto titular, son *individuales* (los que pertenecen a las personas singulares: vida, salud personal, libertad, propiedad, honor etc.) o *supraindividuales*, que se subdividen en bienes *públicos o generales o institucionales* (los que pertenecen al Estado u órganos o entidades públicas o la sociedad en su conjunto: intereses de la Administración de Justicia, seguridad del Estado etc.) y *difusos* (bienes de un grupo amplio y determinado o determinable de personas: delitos contra la salud pública, el medio ambiente, seguridad del tráfico, los consumidores etc.).²⁷⁷

Los bienes públicos o generales y los difusos tienen en común su carácter supraindividual, esto es, su titular no es un individuo determinado, no obstante deben distinguirse: los primeros se relacionan con la sociedad en su conjunto o al Estado; los segundos, en cambio, pertenecen a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o determinable.²⁷⁸

No se puede olvidar que existe una clásica polémica sobre la titularidad del bien jurídico, que en un extremo cuenta con la posición de Binding en el sentido de que los bienes tienen valor social y deben, por ello, ser considerados como bienes de la sociedad y del Estado, y en sentido opuesto con la opinión de Von Liszt, para quien todos los bienes jurídicos son

²⁷⁷ Cfr. MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Derecho penal económico-PG*, p. 93-96, que advierte: "En cuanto a la terminología adoptada en la doctrina y en la jurisprudencia no siempre reina unanimidad a la hora de expresar el significado de los diversos conceptos". En sentido semejante, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 67 (nota 202), señala: "Debe advertirse que contribuye a la dificultad de caracterizar las diferentes categorías de bienes jurídicos la variada terminología empleada para referirse a cada una". Véase también MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 396; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 11 y ss. Todos los autores mencionados citan expresamente a SGUBBI como autor de la expresión bienes "difusos". Sobre la distinción entre interés colectivo (en nuestra terminología: general, universal) y difuso cfr. MARCONI, *La tutela degli interessi collettivi in ambito penale*, RIDPP, 1979, p. 1060 y ss.

²⁷⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 67-68.

bienes de la persona. Pero no parece que la solución esté en esas direcciones completamente antagónicas.²⁷⁹

Si por un lado hay bienes jurídico-penales directamente reconducibles a la persona humana (vida, propiedad, honor), por otro es incontestable que para su realización social, también existen bienes supraindividuales de fundamental relevancia, siendo unos generales o universales o institucionales (administración de justicia, seguridad del Estado) y otros difusos.

Lo más discutible, no obstante, es la extensión que se debe dar a tal distinción y como debe configurarse en el caso concreto. Para la concepción *dualista* del bien jurídico, “junto a los valores individuales existen otros comunitarios y públicos, la esencia del bien jurídico no sólo será individual o individualista, sino también social, pública y comunitaria, que generará *auténticos* bienes jurídicos (valores), independientes de los individuales, y dignos de protección y tutela penal”.²⁸⁰ Para las teorías *monistas* o se concibe el bien jurídico desde el punto de vista del Estado (concepción monista estatal) o se le concibe desde el punto de vista de la persona.²⁸¹

En una época en que la socialización y la abusiva intervención penal son cada vez mayores, no hay duda que una visión crítica del Derecho penal se

²⁷⁹ Sobre el sujeto activo de los bienes jurídicos cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 54 y ss.

²⁸⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 294.

²⁸¹ Cfr. HASSEMER y MUNHOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 107; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 12-13.

puede obtener más fácilmente con una *concepción personalista del bien jurídico*, que tendría un doble significado: (a) “desde una visión antropocéntrica del mundo, los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo”;²⁸² (b) en la medida de lo posible los bienes jurídicos supraindividuales o colectivos deben ser interpretados según la concepción personalista,²⁸³ porque “sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona”.²⁸⁴

8. ¿Cuándo es legítima la protección penal de los bienes jurídicos desde la perspectiva del principio de ofensividad?

Como veremos detalladamente en su momento²⁸⁵ la protección *penal* de bienes jurídicos, más allá de todas las limitaciones ya enfocadas, sólo resulta legítima cuando la actividad criminalizadora del legislador respeta

²⁸² Cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARAN, *Derecho penal-PG*, p. 67.

²⁸³ Así DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 247 y ss. ha interpretado el bien jurídico “salud pública” en el delito de fraude alimentario: “...Es desde este último ángulo desde el que sobra algún sentido la referencia al carácter público de la salud. Con ella se alude, más bien, a la pluralidad e indeterminación de los titulares cuya salud se pone en peligro (indeterminación del sujeto pasivo de la acción), que, en todo caso, son titulares de una salud individual” (*ob. ult. cit.*, p. 247).

²⁸⁴ Cfr. HASSEMER y MUNHOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p.109; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 13; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 175.

²⁸⁵ Cfr. *infra* Cap. V.

el *núcleo básico* del Derecho penal del *ius libertatis*, que es constituido incluso por el principio de ofensividad.

Si el injusto originario según la perspectiva del *ius poenale* del *ius libertatis* viene dado por las conductas de lesión y puesta en peligro concreto del bien jurídico, toda otra forma de referencia al bien jurídico (conductas de peligro abstracto, en sus diferentes modalidades, actos preparatorios del delito etc.) constituiría el ámbito previo (*Vorfeldkriminalisierung*).²⁸⁶

En la medida en que esa criminalización en el ámbito previo se aleja del paradigma de la *necesaria ofensividad del delito*, ya no cuenta con legitimidad o ya suscita graves problemas de legitimación, al menos dentro del Derecho penal de la libertad.

El legislador, por lo tanto, dentro del Estado Constitucional de Derecho, en el momento de criminalizar una conducta, está sometido a unas barreras infranqueables que no pueden ser rebasadas. Y cuando no observa los límites constitucionales del *ius puniendi* permite o una actividad de censura constitucional (declaración de inconstitucionalidad) o una actividad interpretativa de corrección (que incumbe al intérprete y aplicador de la ley).

²⁸⁶ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 16.

Capítulo IV

EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD COMO LÍMITE DEL *IUS PUNIENDI*

SUMARIO: 1. Justificación del principio de ofensividad (*nulla necessitas sine iniuria, nullum crimen sine iniuria*) – 2. De las diversas dimensiones de la función político-criminal del principio de ofensividad – 3. El principio de ofensividad y sus relaciones con otros principios político-criminales análogos: 3.1 Ofensividad y legalidad (*nulla iniuria sine lex; nulla lex sine iniuria*); 3.2 Ofensividad y “principio del hecho”; 3.3 Ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos; 3.4 Ofensividad, fragmentariedad y subsidiaridad; 3.5 Ofensividad y necesidad (proporcionalidad) – 4. La controvertida cuestión de la consagración normativa del principio de ofensividad: perspectivas doctrinal y jurisprudencial – 5. El modelo de delito como ofensa a un bien jurídico: 5.1 Concepto formal de delito; 5.2 Conceptos “materiales”: 5.2.1 Los conceptos criminológicos; 5.2.2 Los conceptos penales: de la ecuación “delito = pecado” a las concepciones funcionales del delito; 5.3 El delito como ofensa a un bien jurídico y su dimensión constitucional; 5.4 Consagración normativo-sistemática del delito como ofensa a un bien jurídico: 5.4.1 Bien jurídico y Partes Especiales de los Códigos punitivos; 5.4.2 La ofensividad del delito en la terminología de los Códigos Penales.

1. Justificación del principio de ofensividad (*nulla necessitas sine iniuria, nullum crimen sine iniuria*)

En el Estado de Derecho de los derechos fundamentales el Derecho penal del *ius libertatis*, debido a los costes y violencia que conlleva,¹ sólo se *justifica* cuando atiende algunas exigencias ético-políticas y una de ellas consiste precisamente en que la persona sólo puede responder penalmente por un hecho que ha cometido cuando ha causado una *concreta ofensa*, o sea, una lesión o al menos un efectivo peligro de lesión al “bien jurídico” elegido para constituir el centro de interés de la “norma penal”.² El principio de ofensividad, por supuesto, presupone la idea de un *Derecho penal del bien jurídico* y el concepto de bien jurídico indiscutiblemente presupone la idea de una *norma*.³

Ahora bien, la premisa básica de la concepción del principio de ofensividad reside en el carácter *valorativo* de las normas penales,⁴ es decir, ellas

¹ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 230.

² La tesis de que el fundamento de la intervención penal reside predominantemente en la lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido, no obstante, no cuenta con la aprobación unánime de la doctrina. Esa es una cuestión básica del Derecho penal y por ello extremadamente polémica. Sigue siendo objeto de encarnizadas discusiones el problema de la fundamentación del ilícito penal, es decir, si el ilícito está constituido únicamente por el desvalor de la acción, el desvalor de resultado o ambos en mayor o menor medida (cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 51).

³ VON LISZT (*Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.^a ed., trad. [de la 20 ed. alemana] Jiménez de Asúa, p. 7) ya decía: “Las normas del orden jurídico, mandando o prohibiendo, presentando una determinada acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos. La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la *protección por las normas* (*Normenschutz*). Bien jurídico y Norma son los dos conceptos fundamentales del Derecho”.

⁴ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 248 y ss; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 324 y ss; BAJO FERNÁNDEZ, Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, *Estudios Penales*, I, 1977, p. 25 y ss. Sobre la recepción de la concepción valorativa por el Código Penal de 1944 (Texto refundido de 1973) cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*, p. 27. El principio de ofensividad descansa en la consideración del delito como un acto desvalorado: esto es, contrario a la norma de valoración: así CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 209. Con relación a las concepciones valorativa e imperativa de la norma penal cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 17-20; SCHÜNEMANN, Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, *El sistema moderno*

existen para la tutela de algunos bienes o intereses implicados en relaciones sociales valoradas positivamente por el legislador para constituir el objeto de una especial y calificada protección, como es la penal.⁵

Únicamente cuando ese valor (bien jurídico) resulta significativamente afectado, perturbando la convivencia en sociedad, la sanción *penal* cobra sentido. Si la norma penal existe para la salvaguardia de un bien jurídico, no basta por consiguiente la mera intención del autor (“mala voluntad”) o que la conducta se exteriorice (principio de materialización de la acción o del hecho) o tampoco que se verifique la descripción “formalista” de la ley (subsunción formal). Más bien, exclusivamente cuando alcanza el *núcleo de garantía y protección de la norma*, que expresa un bien o interés jurídico, se podrá hablar de una conducta *típica* en sentido *material* y *garantizador*.

Concebir *prima facie* el carácter *valorativo* de la norma, no obstante, no significa concluir que de ella se excluye terminantemente la característica de la *imperatividad* (norma de determinación de conductas).⁶ Por ello un

del Derecho penal: cuestiones fundamentales, p. 75-76; BACIGALUPO, La función del concepto de norma en la dogmática penal, *Estudios de Derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa in RFDUC*, n. 11, 1986, p. 61 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 334 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG I*, p. 318 y ss.; TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 35 y ss.; DE LA CUESTA AGUADO, Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *RDPC*, 1996, p. 149 y ss.

⁵ Sobre la polémica en torno al carácter valorativo de la norma penal cfr. aún BACIGALUPO, La función del concepto de norma en la dogmática penal, *Estudios de Derecho penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa, RFDUC*, n. 11, 1986, p. 65 y ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el concepto del Derecho penal*, p. 87 y ss.

⁶ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 248; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 205 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 83, que señala: “Esta descomposición lógica de la norma es importante para establecer con precisión la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad, elementos esenciales del delito”. Sobre la trascendencia, en la constitución del ilícito, de la decisión a favor de una u otra concepción de la

gran sector doctrinal llega a admitir una concepción mixta de la norma penal.⁷ Sobre esa doble función de la norma,⁸ que tiene origen en el pensamiento neokantiano,⁹ Mezger decía: “El derecho es una *ordenación objetiva de vida*: determina que ciertas situaciones de la convivencia humana son y, por consiguiente, deben ser conformes al orden jurídico y que otras situaciones son antijurídicas y, por lo tanto, no lo deben ser (...); distinguimos una *norma objetiva de valoración* del derecho que materializa

norma penal cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 39 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG I*, p. 318. Comparte la tesis imperativista SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 340.

⁷ Sobre la concepción mixta mencionada: cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 93 y ss. (especialmente 109 y ss.); GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 20 y ss.; TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 39; SCHÜNEMANN, *Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal, El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, p. 75, que señala: “Así, pues, hay una norma de valoración, que se refiere al comportamiento del autor, caracterizándolo negativamente, y que precede lógicamente a la norma de sanción formulada en la ley. Ahora bien, dado que la función del Derecho Penal de protección de bienes jurídicos sólo puede realizarse haciendo surgir en los ciudadanos una motivación leal al Derecho, también es obvio concluir la existencia de una norma de determinación no escrita y dirigida a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles”. Para DE LA CUESTA AGUADO (Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto, *RDPC*, 1996, p. 163 y ss.), la norma primaria, además de los aspectos valorativo e imperativo, aún tendría un tercer momento: es también una norma de conducta. Como norma de valoración traduce normativamente el bien jurídico protegido (“vida”, v.g.); como norma de conducta proyecta sobre la sociedad el modelo de conducta deseable (“no matarás”); como norma de imperio o de determinación hace exigible la norma de conducta de todos los sujetos. La norma primaria, así, cumple tres funciones: (a) protección de bienes jurídicos; (b) determinación de pautas de conducta; (c) motivación del ciudadano (ob. ult. cit., p. 169).

⁸ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 248, que afirman: “de las normas objetivas de valoración se deducen las normas subjetivas de determinación, esto es, las directivas de conducta derivadas de ellas. La norma como norma objetiva de valoración es la norma de derecho... La norma de determinación es la norma de deber”.

⁹ Pero ello no impide reconocer que ya VON LISZT (*Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.^a ed., trad. [de la 20^a ed. alemana] Jiménez de Asúa, p. 7-8) criticaba BINDING en razón de su concepción puramente formalista del delito: “[BINDING] tanto en sus *Normas* como en su *Manual*, I, 155, ha hecho, de un modo enteramente parcial y arbitrario, del concepto de norma, el eje (*Angelpunkte*) de todo el sistema jurídico penal, sin prestar ninguna atención al bien jurídico, para servir a la protección del cual está llamada la norma (...). El defecto capital de la teoría de las normas está en la concepción puramente formalista del delito como una violación del deber de obediencia, en tanto que queda completamente relegada a segundo término la tendencia del crimen contra las condiciones de la vida de la comunidad humana jurídicamente organizada”.

esa ordenación objetiva de vida y una *norma* subjetiva de *determinación* que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es ‘antijuridicidad objetiva’ o, como se acostumbra decir en la actualidad, ‘injusto’”.¹⁰

Sin embargo, aunque se admita la presencia de un aspecto subjetivo (de determinación o, como pretende un sector doctrinal, de motivación),¹¹ en éste trabajo se parte de la idea de que para *fundamentar* el injusto penal la *primacía* reside en la lesión o puesta en peligro concreto del interés jurídicamente protegido en el correspondiente tipo de delito.¹² De lo anterior se concluye, en consecuencia, que aquí no se comparte la

¹⁰ Cfr. MEZGER, *Derecho penal*, p. 133-134. En contra: JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG I*, p. 318 y ss.; TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 44 y ss., que afirma: “Desde nuestro punto de vista, el ordenamiento jurídico-penal se constituye por imperativos: se trata de manifestaciones de voluntad del legislador dirigidas a cada persona, en las cuales se requiere un concreto comportamiento de los destinatarios, que adquiere la forma de deber”.

¹¹ La teoría de la motivación fue introducida en España por GIMBERNAT ORDEIG (1971) y es seguida por diversos autores: MIR PUIG, MUÑOZ CONDE etc. Sobre esa teoría y las críticas de que ha sido objeto cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 207 y ss.

¹² Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 248 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 324 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma, *Estudios Penales*, I, 1977, p. 25 y ss. Los tipos penales, afirma MIR PUIG (*Derecho penal-PG*, p. 131), “parten de la descripción de lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos), como resultados especialmente graves y/o peligrosos (principio de *ultima ratio*) que el Derecho Penal desea evitar si no concurre un interés prevalente que los justifique: el carácter penal de la antijuridicidad parte, pues, de un desvalor de resultado”. En sentido contrario, entendiendo que el fundamento del ilícito reside en el desvalor de la acción: cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 44 y ss. y especialmente p. 66 y ss.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG I*, p. 319.

fundamentación y conclusiones de la llamada teoría subjetivo-monista de las normas de Armin Kaufmann.¹³

Para no sufragar la teoría *subjetivista*, basta recordar la clara explicación de Maurach:¹⁴ “El Derecho impera, pero no existe imperativo sin fundamento. Cuando el ordenamiento jurídico ordena hacer una cosa y omitir otra, antes, evidentemente, ha examinado el valor de la acción y ha reconocido una cosa como buena y otra como mala. En este sentido se habla de una función de valoración y de una función de determinación del Derecho, estando fuera de dudas el que corresponda a la primera la preferencia en el tiempo y en la lógica”.

La norma aparece entonces “como un juicio acerca de la realidad o, mejor dicho, de aquellos sectores de la realidad que adquieren relevancia para la vida social, ya se trate de conductas humanas o de simples acontecimientos

¹³ La teoría subjetivo-monista de las normas de ARMIN KAUFMANN (apud FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 100, nota 307) “considera que la constitución de la norma penal pasa por dos momentos diferenciados: en primer lugar se realiza un juicio de valoración jurídica negativa previa lógicamente al segundo momento. En ese primer momento o plano del desvalor se desvaloran estados no deseados por el ordenamiento jurídico, lo que caracteriza a la norma de valoración. Pero esta norma de valoración, previa lógicamente a la de determinación, no afecta al injusto ya que no va referida a la acción, entendida como intención finalmente dirigida a la lesión del bien jurídico. Sólo motiva la aparición de la norma. La norma de determinación (prescripción) es, en consecuencia, fruto de un juicio de valoración secundario referido a las acciones encaminadas a producir dichos estados no deseados. La norma de determinación es la transformación de ese segundo juicio de valoración en un juicio del deber, convirtiéndose así en una auténtica norma (norma de determinación). La norma de determinación es la norma de valoración entendida como imperativo. Por esa razón entiende KAUFMANN que no existe una norma de valoración, protección o garantía distinta a la norma de determinación, sino que forzosamente han de coincidir el objeto de las normas de valoración y de determinación. La finalidad de protección de la norma o la protección de bienes jurídicos aparece como presupuesto de la misma, pero no determina su contenido o alcance. Por ello el aspecto social de la acción, la lesión del bien protegido o el resultado típico no juegan papel alguno en el injusto. Éste queda plenamente configurado en el momento en el que el autor no se deja determinar o motivar por la norma. Las aportaciones de KAUFMANN son resumidas por su discípulo ZIELINSKI, que define... la diferencia entre juicio de valoración primario y secundario”.

¹⁴ Cfr. MAURACH, apud GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 21.

naturales. Ese juicio califica tales acontecimientos, estados o acciones positiva o negativamente, conforme a los fines del Derecho. A esta concepción corresponde, en el orden penal, la concepción del *injusto* como una lesión objetiva de las normas de valoración, como una lesión o puesta en peligro de los intereses (ligados a acontecimientos, estados etc.) calificados por dichas normas de bienes jurídicos”.¹⁵

Pero, “la norma penal no es puro juicio de valor, sino también *imperativo*, que ejerce presión sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social (...); esta estructura lógica de la norma jurídica (...) permite descubrir en la norma dos aspectos: el valorativo y el imperativo (...); esta descomposición lógica de la norma es importante para establecer con precisión la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad”.¹⁶

Mientras se mantenga la tesis de que la norma jurídico-penal es primordialmente norma de valoración y se postule la concepción predominantemente *objetiva* de la antijuridicidad, “lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no *contraria al Derecho* será la constatación de si ha producido o no la lesión o puesta en peligro del interés jurídicamente protegido, es decir, la verificación de la presencia del *desvalor de resultado* (...); lo que fundamenta el injusto es, primordial e incluso a veces exclusivamente, el *desvalor de resultado*”¹⁷ entendido

¹⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 248.

¹⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 77 y 83.

¹⁷ En sentido contrario cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 78: “desde nuestro punto de vista, el ilícito se fundamenta exclusivamente en base al desvalor de la acción, por lo cual negamos al desvalor de resultado cualquier posible significación en el ilícito”.

como juicio de desaprobación que recae sobre el hecho por cuanto éste supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.¹⁸

Lo que acaba de ser expuesto, no obstante, no significa que el objeto de protección penal sea la “norma” misma (lo que permitiría plasmar el delito como una mera desobediencia). La norma es tan sólo el medio, el instrumento de salvaguardia del bien jurídico. Si pensamos en el bien jurídico “vida”, por ejemplo, cabe considerar que el legislador, dentro de ciertas circunstancias y condiciones, para protegerla, debe crear una norma (está prohibido matar) por medio de una ley (el tipo penal). Para *justificar* la intervención *penal* será imprescindible entonces que la conducta externa de la persona realice la descripción legal y ofenda concretamente (lesione o ponga en peligro concreto) el bien jurídico tutelado, que es la vida bajo determinadas condiciones y/o circunstancias.

La *justificación del principio de ofensividad* (del cual, según nuestra perspectiva, no podemos prescindir si pretendemos que el Derecho penal del bien jurídico sea liberal en sus formulaciones y no liberal en su contenido, es decir, en sus conclusiones) tiene, de este modo, que arrancar del reconocimiento de que el delito no es sólo infringir una norma (antinormatividad) sino primordialmente *infringir el Derecho* (antijuricidad). Está claro que, ante todo, el delito supone infringir una

¹⁸ Cfr. referencias a la posición contraria en HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, p. 19-20, que señala: “Pero si, diferentemente del anterior planteamiento, se parte de la consideración de la norma penal como norma de determinación de conductas (...) para que una conducta pueda calificarse como antijurídica, no basta que haya ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico –desvalor de resultado– sino que es preciso que dicha lesión o puesta en peligro se efectúe en el marco de una acción personalmente antijurídica (desvalor de acción). En suma: la concepción de la norma jurídico-penal como norma de determinación de conductas conlleva la atribución al desvalor de acción de un rol esencial e imprescindible en la constitución del injusto”.

norma (en eso reside su *antinormatividad*), pero, no en sentido “formal”,¹⁹ sino material, es decir, la norma siempre debe comprenderse como referencia de una valoración, que se expresa en un concepto de Derecho, es decir, en un concepto de bien jurídico.

La Ciencia del Derecho penal debe partir, necesariamente, en consonancia con la afirmación de Vives Antón,²⁰ “del presupuesto de que toda infracción de una norma es, a la vez, infracción de la idea de Derecho en ella expresada (y sólo es infracción de la norma en tanto en cuanto infringe el Derecho de que la norma es determinación)”. Y ese derecho, o si se quiere, la relación social protegida penalmente por la norma, debe estar contemplada de alguna manera en el derecho positivo (*ius positum*), en razón del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*).

Ahora bien, entendido el delito (el injusto) no como infracción “formal” de la norma, sino como conducta “materialmente ofensiva” a un bien jurídico, pierde sentido la distinción entre antijuridicidad “formal” (contradicción del hecho con la ley) y “material” (contraste con los intereses sociales protegidos).²¹

¹⁹ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 76: “Si se realiza la conducta descrita conceptualmente en el tipo de una norma prohibitiva, esta conducta real entra en contradicción con la exigencia de la norma. De ahí se deriva ‘la antinormatividad’”. Esa concepción de WELZEL, sin embargo, es puramente “formal” y parte del carácter imperativo de la norma. Si se comprende la norma como norma objetiva de valoración, sólo se puede hablar de antinormatividad (en sentido material) cuando la conducta entra en conflicto con el interés tutelado por ella (cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 248 y ss. y p. 413).

²⁰ VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal, Comentarios a la legislación penal*, p. 21.

²¹ El acto, decía VON LISZT (*Tratado de Derecho penal*, t. II, 3.ª ed., trad. [de la 20 ed. alemana] Jiménez de Asúa, p. 336), “es formalmente contrario al Derecho, en tanto que es transgresión de una norma establecida por el Estado, de un mandato o de una prohibición del orden jurídico; es materialmente ilegal, en cuanto significa una conducta contraria a la sociedad”. Toda conducta materialmente antijurídica lo será también formalmente y viceversa. Los aspectos material y formal

La contraposición entre antijuridicidad formal y material “no tiene una razón suficiente para mantenerse en vida porque sólo es antijurídico el hecho que puede ser lesivo a un bien jurídico. Más allá de ese contenido, la antijuridicidad no existe. Una concepción teleológica de la antijuridicidad se presenta como una síntesis de la concepción formal y sustancial, y siempre se reviste de carácter unitario”.²² La antijuridicidad es una sola, sin ulteriores calificativos.²³

Por otro lado, un sistema jurídico democrático, que pretende realizar social y políticamente la idea del hombre como dueño de sí mismo, y regirse por leyes que dimanen de la voluntad general, “debe respetar las opciones materiales de la voluntad de cada ciudadano, en tanto no sean nocivas a la libertad de los demás; porque, de lo contrario, se negaría a sí mismo. Por su propia esencia, un sistema democrático necesita reconocer el derecho básico a ‘la libertad’ –independencia del arbitrio de otro– en la medida en que pueda subsistir con la libertad de todos, según una ley universal”.²⁴

de la antijuridicidad son inseparables (así COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 271). Sobre la delimitación entre tales conceptos y la polémica distinción cfr. POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, p. 72 y ss.

²² Cfr. BETTIOL, *Diritto penale-PG*, p. 311. En contra, entendiendo que tiene sentido hablar de una antijuridicidad formal cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG I*, p. 315.

²³ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, pp. 270-271: “... pues no puede concebirse la antijuridicidad ni desde el punto de vista puramente formal (porque la antijuridicidad no es nada si se le priva del contenido valorativo) ni desde un punto de vista puramente material (pues ningún hecho es antijurídico si no entra en contradicción con la norma de derecho positivo)”. Para RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 321, “Antijuridicidad formal y antijuridicidad material no son sino dos aspectos de un mismo fenómeno. La acción es antijurídica porque contradice una norma jurídica (antijuridicidad formal) y porque, en tanto la contradice, lesiona o pone en peligro los bienes protegidos por la norma (antijuridicidad material)”.

²⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal, Comentarios a la legislación penal*, p. 2

Si se reconoce que hay derechos naturales (hoy en gran parte ya constitucionalizados), existe por lo menos un, dice Hart,²⁵ que es el derecho igual de todos los hombres a ser libres. Y ello significa que “todo ser humano adulto, capaz de elección: 1) tiene derecho a que todos los demás se abstengan de ejecutar actos coercitivos o restrictivos en su perjuicio, salvo para oponerse a la coacción o a la restricción, y 2) está en libertad de ejecutar cualquier acción (es decir, no tiene el deber de abstenerse de ella) que no constituya coerción ni restricción, ni esté dirigida a dañar a otras personas”.

El Estado de Derecho de los derechos fundamentales se fundamenta estructuralmente en la idea de *libertad*, que se concreta siempre en un bien o un interés, que va a permitir su ejercicio. Y la misión primordial del Derecho penal no puede ser otra sino la protección (si bien que fragmentaria y subsidiaria) de bienes que nada más exteriorizan que una libertad. La esencia de la infracción del Derecho, el injusto, de este modo “aparece desde el plano constitucional caracterizado como ataque a la libertad ajena (a la coexistencia de las libertades); y, a la vez, y precisamente por ello, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.²⁶

²⁵ Apud VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 23.

²⁶ Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 24. La declaración de la libertad en el artículo 1.º de la CE como valor fundamental del ordenamiento jurídico conlleva la necesidad de justificar toda limitación de la misma, lo que sólo es posible si se produce una injerencia en la libertad ajena, esto es, si se lesiona o pone en peligro un bien jurídico: así GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 33.

La configuración del injusto penal como lesión o peligro de lesión a un bien jurídico, por otro lado, “impide, por regla general, articular la reacción punitiva antes de que haya, al menos, un principio de ejecución de ese ataque. Cobra así una actualidad inusitada el viejo límite del Derecho penal liberal, el límite del principio de ejecución, que impide “adelantar la línea de defensa” a momentos anteriores al de la tentativa”.²⁷

Con base en este límite, Vives Antón, en 1982,²⁸ proponía una amplia revisión del sistema normativo penal vigente en aquel momento para declarar la inconstitucionalidad de la punición de los actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación para delinquir), de las medidas predelictuales y de los delitos que protegen únicamente la moral; enfatizaba aún la inexistencia de “auténticos” bienes jurídicos en el delito de adulterio, de difusión de prácticas abortivas o anticonceptivas, de intrusismo, rapto consensual etc.

El modelo de Estado propuesto por el nuevo constitucionalismo se basa en un ordenamiento jurídico que cuenta con una fundamental referencia valorativa, que es vinculante. Todas las reglas jurídicas han de realizar los *valores básicos* constitucionalmente contemplados (libertad, justicia, igualdad, pluralismo político, dignidad),²⁹ incluso las *penales*, que han de acatar las premisas del respeto a la ley y a los derechos de los demás. Ese

²⁷ Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 25. El comienzo de la ejecución del delito como límite de la punibilidad puede tener en algunos delitos una excepción legítima, desde que atendidos ciertos presupuestos (cfr. infra Cap. V, n. 3).

²⁸ Véase VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 26-27.

²⁹ Cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 128: “Son, pues, estos valores substanciales, concretizados histórico-positivamente en la norma fundamental de un Estado, la fuente última de la que nace la legitimidad esencial del poder jurídico-político de un Estado (...); este orden positivo es válido sólo en cuanto representa ese sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo”.

respeto, como subraya Vives Antón,³⁰ “no puede, pues, ser otro sino el simple respeto externo. Si la Constitución recabase el respeto íntimo no podría discurrir sobre la base del *libre* desarrollo de la personalidad. Y si el respeto a la ley debe ser externo, la infracción habrá de discurrir así mismo por el cauce de la exterioridad”.

El carácter exterior del injusto no comporta –continúa el autor–, “en el ámbito penal, como única exigencia, que el delito sólo pueda estimarse en base a una *manifestación* de la voluntad, sino que va mucho más allá. Si el Derecho se concibe como orden de la convivencia exterior,³¹ como garantía del pacífico disfrute de los bienes y no como manipulación de las intenciones, entonces el injusto tendrá que definirse también básicamente a partir de esa exterioridad representada por el daño o el peligro producido a los bienes de otro y no a partir de la voluntad subjetiva. Una ‘mala voluntad’, aún manifestada externamente, será penalmente irrelevante en tanto no turbe los derechos ajenos. Concebir el injusto subjetivamente (...) y llegar a propugnar un concepto personal del injusto puede entrar en abierto conflicto con la concepción del Derecho contenida en la Constitución”.

Como postulado político-criminal nuclear que emana del conjunto axiológico-normativo del Estado de Derecho de los derechos fundamentales y que además es inherente al canon de exclusiva protección

³⁰ Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 46.

³¹ Cfr. MEZGER, *Derecho penal*, p. 135: “La ordenación objetiva de vida... tiene en cuenta, en primer término, ese suceso externo. Efectivamente, corresponde al derecho garantizar, ante todo, la convivencia externa ordenada de las personas. Y consiguientemente también el injusto punible es conducta externa”.

a bienes jurídicos, el *principio de ofensividad o lesividad*³² –*nullum crimen sine iniuria*– está en la base de un *modelo de delito* comprendido como un hecho “objetivamente” ofensivo (antijurídico y típico), es decir, merecedor de sanción penal porque efectivamente ha lesionado o puesto en peligro concreto el bien jurídico tutelado.

Pese al carácter –hasta ahora– tendencialmente *formal* del principio de ofensividad, que es algo que ocurre con prácticamente todos los principios, y *a fortiori* precisamente porque todavía depende de una mayor plasmación el concepto material y vinculante de bien jurídico, no hay por qué renunciar a la tarea de subrayar su *esencialidad* en un régimen democrático de un Derecho penal de mínima intervención, especialmente en el *ius poenale* del *ius libertatis*.

Si se parte de una consideración *personal* de la Constitución, por otro lado, que tiene como valor síntesis la “dignidad” de la persona,³³ ninguno de los derechos fundamentales constitucionalmente asegurados puede realmente sufrir limitación o restricción sino en función de la tutela de otro interés de igual o equivalente magnitud,³⁴ particularmente con relación al derecho a la

³² Sobre la relevancia del principio de ofensividad cfr. la Introducción supra y aún MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 1.

³³ Cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 120: “De la disposición constitucional del artículo 10.2 se desprende claramente que la orientación que debemos seguir cuando abordamos la cuestión de los derechos fundamentales se centra definitivamente alrededor del concepto de ‘persona humana’; los derechos y libertades fundamentales parten todos ellos de la propia esencia del hombre, de su naturaleza humana, estimación fundamental que nos conduce al valor supremo de la dignidad de la persona humana, vértice axiológico destacado en nuestra norma fundamental... no son, pues, los derechos fundamentales, en referencia a su contenido esencial, los que se mueven dentro de las limitaciones legales y se constituyen por éstas, sino que son éstas las que se ordenan conforme a los derechos fundamentales”.

³⁴ Esa conclusión es indefectiblemente obligatoria en los modernos ordenamientos constitucionales, especialmente en el portugués, por ejemplo. El artículo 18, n.2, de la Constitución portuguesa, en efecto, afirma que la restricción de derechos, libertades y garantías –en que siempre se traduce la criminalización de un cierto hecho y la amenaza de su realización con una pena– deben limitarse al necesario para la salvaguardia de otros derechos o intereses constitucionalmente protegidos (cfr.

libertad individual, su privación o restricción sólo se justifica cuando otro concreto y también relevante bien se ha visto afectado.

Es esencial, así, para que haya *proporcionalidad* o *razonabilidad* en la aplicación del Derecho penal, no sólo que ese otro interés sea real, sino que la lesión o el peligro sea efectivo, es decir, constatado en cada caso, no siendo tolerable ningún tipo de presunción de ofensividad. Permitir que ocurra la intervención penal, sobre todo en la esfera de la libertad de la persona en virtud de una mera presunción *legal* o de la simple realización de una conducta, es decir, sin la efectiva demostración de una afectación visible, externa, perceptible, significa tanto la realización de un Derecho penal distante de la proporcionalidad y del canon de la ofensividad, como la total desatención a la dignidad humana.³⁵

El *principio de ofensividad*, en razón de su extraordinaria importancia para la correcta y razonable incidencia de la sanción penal, así como otros tantos principios básicos del sistema liberal democrático (legalidad, culpabilidad), cuenta, como veremos, con suficiente capacidad como para asumir diversos papeles tanto en el ámbito político-criminal (el legislador no puede –o no debería poder– criminalizar conductas no ofensivas a un bien jurídico), como en el dogmático, es decir, en la teoría del hecho punible.

DIAS, Jorge de Figueiredo, As tendências recentes da política criminal e o novo código penal português de 1982, *RDPCrim*, 1982, p. 9).

³⁵ En sentido contrario cfr. la posición de prevención, que anticipa la legitimación de la intervención penal para el momento de la conducta. Así, por ejemplo, TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 70, que afirma: "...por tratarse de un Derecho penal preventivo, que pretende evitar la lesión a bienes jurídicos, lo que aparece como fundamento del ilícito no es el resultado efectivamente acaecido, sino aquella característica de la acción (peligrosidad o capacidad de resultado en el sentido propuesto por Zielinski) que nos muestra como posible la causa del resultado, o, desde otro punto de vista, aquél resultado que *ex ante* se muestra como consecuencia posible de la acción, aunque después no ocurra".

Tanto el *legislador* como el *intérprete*, en consecuencia, desde la óptica del paradigma de la ofensividad, no pueden ignorar el *modelo de delito como afectación típica al bien jurídico*.³⁶ Es inadmisibles, por ello, cualquier regresión a los modelos autoritarios de delito, como, por ejemplo, el delito como violación de un deber o de mera transgresión,³⁷ como mera manifestación de una voluntad delictiva, como “mera inmoralidad”,³⁸ como mero síntoma de peligrosidad o antisocialidad individual.³⁹

2. De las diversas dimensiones de la función político-criminal del principio de ofensividad

³⁶ El principio de ofensividad constituye una de las directrices fundamentales de la moderna política criminal, pero, no se puede negar que para un relevante sector doctrinal él no cuenta con valor absoluto: cfr. MANTOVANI, *Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale, Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 251.

³⁷ Cfr. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*, p. 22 y ss., que señala la profusión de tipos penales en que la descripción de la acción se sustituye por la remisión a la reglamentación técnico-administrativa cuya transgresión se sanciona penalmente (cfr., por ejemplo, el artículo 68 de la ley ambiental brasileña: “Dejar, él que tiene deber legal o contractual de hacerlo, de cumplir obligación de relevante interés ambiental”; más allá de no exigirse ningún resultado ofensivo, luego se ve que la “obligación de relevante interés ambiental” está en otras disposiciones técnico-administrativas). La centralidad de la transgresión, afirma SGUBBI (ob. cit., p. 24), elimina la ofensa y con ello la causalidad, el evento lesivo. Se pune la mera inobservancia de la norma, menospreciándose las consecuencias que sobre el bien jurídico ha provocado la transgresión.

³⁸ En las sociedades democráticas, cuya esencia reside en el principio de libertad y que no tienen por base un monismo axiológico, sino que promueven la diversidad ética como algo valioso, no se podría defender la ideología en sí misma considerada, sin efectos dañinos para otros valores considerados básicos, es decir, para un bien jurídico-penal afianzado constitucionalmente (cfr. CUNHA, Maria da Conceição, *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*, p. 137). Hoy, como todo poder estatal procede del pueblo, ya no se puede ver la función del Derecho penal “en la realización de fines divinos o transcendentales de cualquier otro tipo. Y si cada individuo participa en el poder estatal con igualdad de derechos, tampoco puede estribar en corregir moralmente por medio de la autoridad a personas adultas (ROXIN, *Sentido y límites de la pena estatal, Problemas básicos del Derecho penal*, p. 20-21).

³⁹ Así, MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, p. 312.

De acuerdo con un entendimiento doctrinal muy difundido, el principio de ofensividad irradia sus concretas consecuencias en dos diferentes planos: “no sólo como canon de legislación, orientando por lo tanto al legislador en el momento de la formulación del tipo legal, para vincularlo a la construcción de tipos legales dotados de un real contenido ofensivo a bienes jurídicos socialmente relevantes, sino también como canon de interpretación, dirigido al juez y al intérprete, para exhortarlo a verificar en concreto la existencia en el hecho histórico de su ‘necesaria lesividad’ del bien jurídico”.⁴⁰

Interesa en éste momento la primera, es decir, la *función político-criminal*, que cuenta con múltiples dimensiones de garantía. Si por un lado es indiscutible que el principio de ofensividad, desde su origen, presenta una *ratio* garantizadora –hacia un Derecho penal de mínima intervención o de intervención necesaria–, por otro, lo que no es tan evidente es el contenido de esa función de garantía, que está sujeta indudablemente a cambios de fisonomía y de dimensión de acuerdo con la evolución de cada momento histórico de la sociedad.

De cualquier manera, algunos *aspectos* de la función político-criminal del principio de ofensividad podrían ser delineados:⁴¹ (a) el de impedir el arbitrio y la degeneración del poder punitivo; (b) el de servir de barrera –al lado de otros principios– contra la abusiva expansión del Derecho penal;

⁴⁰ Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Costituzione Diritto e Processo Penale*, p. 47; GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal*, *Poder Judicial*, 1986, p. 8-9; VALENTI, *Principi di materialità e offensività*, *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., 1997, p. 254.

⁴¹ Así PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Costituzione Diritto e Processo Penale*, p. 60 y ss.

(c) el de permitir el control del contenido de la ley penal, sea cuanto al objeto de la tutela penal, sea cuanto al grado de ofensividad penalmente relevante.

Particularmente, en los modelos de Estado tendencialmente autoritarios, el principio de ofensividad, *a latere* del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, puede ejercer una función de garantía contra la degeneración antidemocrática y arbitraria del poder estatal sancionador, de tal forma que impida que el Derecho penal se transforme en medio de protección del propio Estado, de los que ejercen el poder, de sus particulares intereses o de su ideología, o instrumento de sanción de meras violaciones de la norma, en lugar de la tutela de auténticos bienes jurídicos individuales o supraindividuales y de la punición de los actos verdaderamente ofensivos a tales bienes jurídicos. Desde esa perspectiva, se reconoce que el principio de ofensividad tendría que cumplir –al lado de otros principios– una función de *garantía del propio modelo democrático de Estado y de los derechos fundamentales de las personas*.

La segunda dimensión de garantía del principio de ofensividad, la que pretende elevarlo a la categoría de *obstáculo a la expansión o hipertrofia del Derecho penal* es de actualidad incontestable, porque el presente momento histórico se caracteriza precisamente por una creciente demanda de tutela penal,⁴² especialmente de los “nuevos” intereses inherentes al proceso de evolución tecnológica y la “sociedad de riesgos”, con la

⁴² Cfr. *supra* Cap. I.

consecuencia cada vez más patente de una progresiva erosión de las garantías mínimas que cercan la libertad individual.⁴³

Sobre todo por razones de “racionalidad legislativa”, el principio de ofensividad cobra relevancia inigualable en éste comienzo del tercer milenio, precisamente porque, paradójicamente, el referido principio asume un rigor teórico y conceptual “inversamente proporcional a su grado de efectividad histórica y legislativa (...); la inflación penal, ‘bagatelización’ y ‘administrativización’ del Derecho penal, desformalización del ilícito, anticipación excesiva de la tutela, son fenómenos que (...) están a la vista de todos para negar el ideal afirmado en la enunciación del principio de ofensividad”.⁴⁴

La tercera dimensión de garantía del principio de ofensividad, siempre considerado al lado de su correlativo principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, pese a su generalidad, es la que autoriza a *controlar el contenido “material” de la ley penal*,⁴⁵ tanto en lo que respecta al objeto de la tutela penal (bien jurídico seleccionado), como sobre todo a la exigencia de un contenido ofensivo del delito, sin la cual no se legitima la intervención penal.⁴⁶

⁴³ Los riesgos del Derecho Penal del riesgo para la función de garantía del Derecho Penal son inmensos (cfr. HERZOG, Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo, *Revista Penal*, 1999, p. 57).

⁴⁴ Cfr. PALAZZO, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, *Costituzione Diritto e Processo Penale*, p. 46.

⁴⁵ Cfr. CHEVALLIER, *L'État de droit*, p. 94: “... l'État de droit n'est pas 'l'État de n'importe quel droit' ..., mais d'un droit sous-tendu par un ensemble de valeurs et de principes”.

⁴⁶ En un Estado de Derecho de los derechos fundamentales, la intervención punitiva sólo puede justificarse respecto a conductas trascendentes para los demás y que afecten a las esferas de libertad ajenas, siendo contrario al principio de ofensividad el castigo de una conducta inmoral, antiética o antiestética que, en absoluto invada las libertades ajenas y, específicamente, incida en la libertad de obrar de los demás. De este modo, puede decirse que dignidad del bien jurídico tiene un doble

3. El principio de ofensividad y sus relaciones con otros principios político-criminales análogos

Un análisis de la cuestión relacionada con las legítimas fronteras del *ius puniendi* lleva a la sencilla constatación de que no debemos hablar de límite, sino de límites del *ius puniendi*, porque en el Estado de derecho de los derechos fundamentales no es uno sólo, sino varios los principios que se articulan y se complementan en la tarea de delimitar el poder punitivo (la *potestas*) estatal.

Si se comprende que el Derecho penal, por ser el más contundente medio de control social, sólo debe intervenir cuando resulte absolutamente necesario (principio de necesidad, que integra el de proporcionalidad) y que su misión en el actual Estado de Derecho es la de proteger bienes jurídicos (principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) ante conductas externas (principio de hecho), descritas en la ley (principio de legalidad y taxatividad), que les causen *lesiones* o *pongan en peligro* (principio de ofensividad) de modo intolerable (principio de fragmentariedad) y siempre y cuando no exista otro medio de protección más idóneo (principio de subsidiaridad o de *ultima ratio*),⁴⁷ naturalmente resultan delineados los más fundamentales principios informadores de la inseparable relación entre bien jurídico y ofensividad.

requisito: formal –su relevancia constitucional– y material –su incidencia en las esferas de libertad ajenas: así CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 209. Cfr. también en éste Cap. IV, n. 5, *infra*.

⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal-PG*, p. 18.

Cada uno de los principios que acaban de ser enumerados (necesidad/proporcionalidad, exclusiva protección de bienes jurídicos, del hecho, legalidad, ofensividad, fragmentariedad y subsidiaridad), sin perjuicio de otras exigencias que emanan directamente de la Carta Magna, cumple un relevantísimo papel (de garantía) en el momento en que el legislador tiene que decidir sobre la selección del *bien jurídico* que “merece” y “necesita” la tutela penal. Son principios limitadores del *ius puniendi* o, si se prefiere, son criterios que permiten evaluar la legitimidad del propio proceso, tanto de un punto de vista externo (ético-político) como interno, porque todos cuentan indiscutiblemente con asiento constitucional⁴⁸ (expreso o al menos implícito).

Cabe resaltar, de cualquier modo, como lo ha hecho Aguado Correa,⁴⁹ que “es preciso conectar entre sí los distintos principios constitucionales en materia penal para poder entender el contenido de cada uno de ellos y para que puedan cumplir la pretendida eficacia limitadora del *ius puniendi*. Sin una adecuada aplicación del principio de legalidad, de manera que la formulación de los tipos no abarque cualquier comportamiento alejado del bien jurídico, que de esta manera se convierte en la *ratio* y no en un límite a la incriminación, no tiene sentido proclamar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Tampoco tendría demasiado sentido proclamar la vigencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos cuando se ignora el principio de subsidiaridad penal, alterándose la unidad y la coherencia interna del Ordenamiento Jurídico.

⁴⁸ En lo que se refiere a la consagración constitucional del principio de proporcionalidad en Derecho penal, al cual podemos reconducir los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de ofensividad y de intervención mínima, cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 120 y ss.

⁴⁹ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 160.

Por último, no tendría sentido proclamar su vigencia cuando no se respeta el principio de proporcionalidad en sentido estricto, puesto que se estaría alterando el orden de importancia de los intereses jurídicamente protegidos”.

Como son principios interdependientes, veamos a continuación cuáles son sus relaciones y conexiones, acercándose un poco más al principio de ofensividad por medio de un método de conocimiento recurrente, que consiste en delinear el contenido de un concepto poniendo en evidencia sus diferencias con conceptos limítrofes o interconexos.⁵⁰

3.1 Ofensividad y legalidad (*nulla iniuria sine lex; nulla lex sine iniuria*)

Estrechamente conectado al principio de ofensividad, indudablemente, está el de legalidad. Desde la perspectiva sistemática o dogmática ya se enfatizó que la ofensa (lesión o peligro de lesión) al bien jurídico no es un *plus* extranormativo que se exija para la existencia del delito, sino que está condicionada y limitada por la legalidad (*nulla iniuria sine lex*), es decir, por la tipicidad, de ahí la concepción del delito como un “hecho ofensivo típico”.⁵¹

⁵⁰ Cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 103. Sobre la connotación aristotélica del método *genus proximum/differentia specifica* cfr. CUNHA (Paulo Ferreira, *A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito penal*, p. 62).

⁵¹ Criticando la opinión de ZAFFARONI en el sentido de que la afectación del bien jurídico no pertenece al tipo objetivo, FERNÁNDEZ, Gonzalo (Bien jurídico y sistema del delito, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA.VV, 1998, p. 425) señala con acierto: “En nuestra opinión, lo que precede al tipo –al igual que la norma– será el ente valorado o, a lo sumo, el bien jurídico penal en sí mismo, pero no su afectación concreta, que es un componente del tipo legal. El bien jurídico puede estar antepuesto al tipo, sin que ello obste a que la posterior lesión o afectación del mismo, conjugada por medio de una conducta realizadora, sea ya, un elemento estructural de aquél”. Con

De cualquier manera, lo que interesa ahora es examinar no el aspecto sistemático o dogmático, sino el técnico legislativo, que se rige por otro axioma: *nulla lex sine iniuria*.

Una vez que se concibe que la ofensividad es condición necesaria, aunque no suficiente, de la intervención penal y que el delito sólo expresa una infracción al Derecho (lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico), cobra gran relevancia exigir del legislador la *descripción del delito como una ofensa* a un determinado y concreto bien jurídico.⁵²

Esto significa que le estaría vedada la posibilidad de configurar el delito como una *mera desobediencia o simple infracción de la norma* (sin ningún “auténtico” bien jurídico) o aun como simple *desvalor de la acción* (peligro abstracto, por ejemplo). Porque el delito, en su esencia, no significa, desde la perspectiva que aquí se analiza, solamente la mera realización de la literalidad legal o una mera contracción “formal” con la norma (delito no es únicamente la *realización “literal” de la letra de la ley* ni tampoco mera *antinormatividad formal*), sino una infracción al Derecho (es decir, al bien jurídico protegido por la norma de derecho).

Lo que se pretende es que el legislador ya en el momento de la construcción del tipo penal exprese de modo inequívoco (taxativo) la

relación a la necesidad del legislador de configurar el tipo penal en un sentido material (desvalor de acción y desvalor de resultado) véase MORALES PRATS, Tutela di interessi emergenti e “nuove” tecniche di tutela per i “vicchi” interessi: i reati contro la persona, *L'indice Penale*, 1999, p. 411. Sobre la doctrina del “fatto offensivo tipico” véase aún: VALENTI, Principi di materialità e offensività, *Introduzione al sistema penale*, AA.VV., 1997, p. 243.

⁵² Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 244, que subraya: “el delito tiene como uno de sus elementos esenciales a la acción y, por esto mismo, los elementos esenciales de la misma deben estar descritos en la regulación legal. Para la fundamentación de esta tesis debe traerse a colación un argumento constitucional basado en el artículo 25.1 de la Constitución española en donde se dice que ‘nadie puede ser condenado por acciones u omisiones’; en este precepto puede fundamentarse el principio general de que el legislador penal deberá normalmente recoger en el tipo la forma en la que se ha de producir el resultado típico”.

ofensividad de la conducta (en forma de lesión o de peligro concreto). De ahí la plasmación de la fórmula *nulla lex sine iniuria*.⁵³ La necesidad de traducir en el tipo penal, en lenguaje inequívoco, la modalidad de ofensa, nos lleva naturalmente a preguntar *¿qué modalidades de ofensa pueden integrar legítimamente el tipo penal?*. Ese es el aspecto “material” de la relación entre legalidad y ofensividad. Pero ahora no vamos a abordar esa cuestión.⁵⁴

En este momento lo que importa es el aspecto “formal” (técnico-legislativo) de la relación entre el principio de ofensividad y el de legalidad. Podría afirmarse que el principio de ofensividad impone una exigencia más al principio de legalidad penal (*nullum crimen sine lege*), que hoy, en su expresión y extensión más garantizadora ya comporta diversas dimensiones: *lex scripta* (no hay delito sin ley; las costumbres no pueden definir delitos o penas); *lex populi* (exclusivamente el Parlamento está autorizado a legislar en materia penal); *lex certa* (el tipo penal debe definir con precisión el ámbito de lo prohibido); *lex clara* (la letra de la ley debe ser inteligible, comprensible); *lex proportionalis* (la ley está vinculada a exigencias de proporcionalidad); *lex determinata* (la ley debe contemplar únicamente hechos que se puedan comprobar); *lex stricta* (está

⁵³ De la idea defendida, entre otros, por M.E. MAYER (apud MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 244), “de que la esencia del delito se halla en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido y que la forma en que tal lesión se realiza sólo tiene importancia para el caso que interese punir una determinada acción de forma más suave o más severa, o que interese delimitar el campo de aplicación de un determinado tipo de delito a un grupo reducido de conductas, es decir, de la concepción que veía en la descripción de la acción en el tipo una excepción, se ha pasado en la actualidad a considerar precisamente esa descripción como un elemento esencial en la configuración del tipo penal: de esta forma se han ido poniendo de relieve las limitaciones de la teoría meramente causal del resultado prevista en el tipo”.

⁵⁴ Cfr. infra Cap. V, n. 1.

prohibida la analogía *in malam partem*); *lex praevia* (la ley penal es irretroactiva, salvo cuando resulta benéfica).⁵⁵

El *nulla lex sine iniuria*, en ese sentido, es un axioma que complementa la exigencia liberal y garantizadora de la *lex certa*, según la cual el tipo penal tiene la función de *determinar* con la mayor claridad posible lo que está prohibido y, en consecuencia, lo que está permitido. Cuanto más el legislador plasme la concreción del bien jurídico protegido y defina con precisión el tipo de ofensa punible, más seguridad estará otorgando al tipo penal (es decir, al Derecho penal).

Cuanto más determinada sea la ofensa, más correcta será la ley y la propia interna determinación del *Wertverletzungstypus*.⁵⁶ Consecuentemente, la *optimización* de la garantía de la *lex certa* o determinada está en proporción directa con la estricta observancia del axioma *nulla lex sine iniuria*.⁵⁷ Sobre el tipo o nivel de ofensa que sería legítimo en el Derecho penal de la libertad vamos a tratar más adelante.⁵⁸

Por razones político-criminales y constitucionales, por supuesto que el *nullum crimen sine lege* no se agota en la simple descripción de una conducta “materialmente neutra” con relación al bien jurídico protegido.

⁵⁵ Cfr. GOMES (Luiz Flávio, Princípio da legalidade (ou da reserva legal) e os limites das “medidas provisórias” em Direito Penal, *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias em Direito penal*, 1999, p. 221 y ss.).

⁵⁶ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 119, que señala: “La interna determinación del *Wertverletzungstypus* y la determinación del tipo de conducta (*Verhaltenstypus*) no se cubren necesariamente, la una puede darse sin la otra. Pero ha de tenerse en cuenta que ambos conceptos se hallan normalmente en una relación condicionada: tras un tipo de conducta determinado se hallará, por regla general, un tipo determinado de lesión al valor. La determinación del tipo de conducta es un indicio de que el *Wertverletzungstypus* se halla también determinado”.

⁵⁷ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 121, que afirma: “Parece claro que si se logra determinar qué es lo que el legislador quiere proteger mediante la prohibición de una determinada conducta, la interpretación que de la ley ha de realizar el juez se verá sensiblemente facilitada y asegurada”.

⁵⁸ Cfr. *infra* Cap. V.

Un “auténtico” y garantizador tipo penal debe contemplar expresamente la modalidad de ofensa al bien jurídico que se pretende proteger.

No basta, así, la descripción única y exclusiva de un requisito que revele el desvalor de la acción (que es lo que ocurre, por ejemplo, con los delitos de peligro abstracto). Y ello porque todos los delitos (el injusto penal), según se desprende de los argumentos hasta aquí expuestos y como veremos detalladamente en su momento, exigen un resultado en sentido jurídico, entendiendo por “resultado” (una de sus posibles acepciones) la lesión o peligro de lesión al bien jurídico.

Tampoco una ley excesivamente amplia cumple la exigencia de determinación. Pues “de esta forma el legislador satisface el denominado interés de previsión, pero olvida el interés en la igualdad de tratamiento, ya que es tal el número de conductas que pueden ser abarcadas por la regulación que el tipo penal pierde su carácter de tal para convertirse en una nueva cláusula general, en cuyo marco el juez se ve obligado a establecer tratamientos diferentes según el desvalor que arroje la conducta contraria a la ley, produciéndose de esta forma el mismo resultado que cuando el legislador omite su obligación de decidir cuáles son las conductas susceptibles de punición: la arbitrariedad judicial como característica del sistema penal”.⁵⁹

En suma, si se pretende que el Derecho penal sea un límite a la intervención penal y al mismo tiempo una garantía para la libertad, “tendrá que ser respetuoso con las exigencias que, desde el punto de vista de la técnica legislativa, el principio de legalidad plantea al legislador en lo que se refiere al modo cómo deben formularse las leyes penales. La ciencia de

⁵⁹ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 237.

la técnica legislativa debe, pues, como ha señalado un autorizado autor [Mantovani] ser objeto de atención de los penalistas para que el principio de legalidad no tenga una vigencia exclusivamente formal en el ordenamiento jurídico penal”.⁶⁰

3.2 Ofensividad y “principio del hecho”

Con el “*principio del hecho*” (o de la materialidad del hecho) tampoco se identifica el principio de ofensividad, pero no se puede dejar de reconocer que están indiscutiblemente implicados. De cualquier manera, la propuesta es la siguiente: ningún daño, por grave que sea, puede considerarse penalmente relevante sino en virtud de la exteriorización de una conducta. Para incidir en una sanción penal el sujeto tiene que materializar la acción, porque él no responde por lo que *es*, sino por lo que *hace*.

En el Derecho penal del Estado de Derecho sólo interesan las conductas (acciones u omisiones) exteriorizadas, que comportan visibilidad, perceptibilidad sensorial.⁶¹

Del principio del hecho se desprenden, entonces, dos consecuencias: (a) nadie puede recibir castigo por sus pensamientos, deseos o intenciones: *cogitationes poenam nemo patitur*; (b) la forma de ser de la persona, su

⁶⁰ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 247-248.

⁶¹ Así VALENTI, *Principi di materialità e offensività, Introduzione al sistema penale*, AA.VV., 1997, p. 238.

propia personalidad, no servirá de fundamento para la responsabilidad criminal o incluso para el agravamiento de la pena.⁶²

Su antítesis, naturalmente, es el Derecho penal “de autor”, del que hizo uso especialmente el régimen nacionalsocialista para castigar a personas por lo que eran o pensaban y no por lo que habían hecho.⁶³

Si desde el punto de vista de la incriminación penal la ofensividad es un antecedente lógico de la descripción de la acción, distinta es la relación desde la perspectiva de la concreta intervención penal, cuando entonces el principio del hecho es presupuesto del principio de ofensividad, es decir, su antecedente lógico (*nulla iniuria sine actione*).⁶⁴ No existe delito sin la exteriorización de la conducta (*nullum crimen sine actione*), pero, no toda conducta exteriorizada configura un delito. Únicamente la que ofende el bien jurídico, y de modo intolerable, es decir, cuando provoque una lesión o un peligro concreto significativo podrá ser objeto del castigo penal.

En suma, si el principio del hecho no permite que el Derecho penal se ocupe de las intenciones y pensamientos de las personas, de su modo de vivir o de pensar, de sus actitudes internas, si el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos no autoriza el castigo como simple consecuencia de la violación de un “valor cultural” en cuanto tal o “una determinada ideología, o religión o regla moral”, sino de una relación humana socialmente relevante, cierto es que el principio de *ofensividad*

⁶² Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 261; FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 480 y ss.

⁶³ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 30 y ss.

⁶⁴ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 204.

sólo legitimará la sanción penal cuando la conducta exteriorizada correspondiente a la literalidad de la ley cause un grave perjuicio al bien jurídico tutelado.⁶⁵

3.3 Ofensividad y exclusiva protección de bienes jurídicos

Considerando la premisa de la que parte nuestro trabajo (*no hay delito sin lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico*), no cabe duda que los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de ofensividad están íntimamente vinculados. Son complementarios, como lo son todos los principios limitadores del *ius puniendi*.

Ahora bien, eso no significa que nuclearmente se identifiquen o cuenten exactamente con el mismo contenido. Sin embargo, en la doctrina y en la jurisprudencia ambas ideas todavía siguen mezcladas, dando la impresión de que corresponderían a un mismo y único objeto.

Es lo que se comprueba, *ad exemplum*, en las consideraciones de Aguado Correa⁶⁶ cuando afirma: “Además, el Derecho penal no puede incriminar cualquier conducta, sino tan sólo aquellas que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico, siendo correspondientes de esta forma el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de ofensividad o lesividad, el cual se usa para expresar el conocido aforismo *nullum crimen*

⁶⁵ Cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 204.

⁶⁶ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 161. Para VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (*Derecho penal-PG*, p. 43) el principio del bien jurídico también es conocido como de lesividad, de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos.

sine iniuria, es decir, que todo delito comporta la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.

En esa misma línea, González Cussac⁶⁷ resalta: “En el seno del Derecho penal liberal, y con la finalidad esencial de separar Derecho y Moral, nace el principio de ofensividad, lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. De este modo se expresa el dogma *nullum crimen sine iniuria*, según el cual todo delito comporta la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico”.

Para Mata y Martín,⁶⁸ “El principio de lesividad u ofensividad o la exigencia de exclusiva protección de bienes jurídicos mediante el Derecho penal constituye hoy un postulado nuclear de la Ciencia Penal”.

Con base en la declaración del Tribunal Constitucional de que la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos constituye el contenido esencial del concepto de delito (STC 11/1981, de 8 de abril y 62/1982, de 15 de octubre) se considera que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, en ese sentido, corresponde al principio de ofensividad.⁶⁹

Como se ve, ambos principios, precisamente porque están estrechamente vinculados, son mencionados con frecuencia para expresar una única realidad, cuando la verdad es que, estricta y rigurosamente entendidos, expresan realidades distintas. Para individualizarlos bien cumple enfatizar: la *función principal del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* es la de delimitar una *forma de Derecho penal*, el Derecho penal

⁶⁷ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 7.

⁶⁸ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 1.

⁶⁹ Véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 264, que cita en el mismo sentido la doctrina de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 219.

del bien jurídico, de ahí que no sea tarea suya proteger la ética, la moral, las costumbres, una ideología, una determinada religión, estrategias sociales, valores culturales como tales o la norma. Así, el Derecho penal se conceptúa como un conjunto normativo destinado a la tutela de bienes jurídicos, es decir, de “relaciones sociales conflictivas” valoradas positivamente y cuyos protagonistas son personas humanas que se comunican en sociedad, o más precisamente en la sociedad democrática, por medio de “relaciones sociales”.

El *principio de ofensividad*, en cambio, nada dice directamente sobre la misión o la forma del Derecho penal, sino que expresa una *forma de (comprender el) delito*: el delito como ofensa a un bien jurídico. De ahí que no sean admisibles otras formas de delito como de mera desobediencia, de mera violación de la norma, etc.

Por ello, no se justifica mencionarlos indistintamente, como continúa haciendo parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Cada uno tiene su campo de actuación, su contenido, su finalidad, lo que no quiere decir por supuesto que no existan entre ellos puntos de intersección, de comunicación o de conexión.

La verdad es que entre todos los principios limitadores del Derecho penal hay zonas de influencia, de relación o de intercambio. Particularmente, en cuanto a los dos que estamos considerando bastaría decir: si el Derecho penal es necesario para la tutela de los más relevantes bienes jurídicos, el único bien jurídico que necesita de tutela debe ser una entidad susceptible de ofensa (*Greiflichkeit*), porque de otra manera no se cumpliría el principio de ofensividad. Luego, *la forma de delito (el delito como ofensa a un bien jurídico)* depende de la forma del Derecho penal (Derecho penal

del bien jurídico). Pero al mismo tiempo en que se establece una relación de dependencia (el principio de ofensividad depende del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos) también se afirma una relación de exigencia, es decir, el principio de ofensividad exige que el bien jurídico sea susceptible de ofensa.

Por otra parte, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, precisamente porque nos revela la *forma* de un Derecho penal, tiene la preocupación de contestar, de entre tantas otras, las siguientes preguntas: *¿Qué es lo que debe protegerse? ¿Cuál es el objeto de protección? ¿Qué se entiende por bien jurídico? ¿Cuáles son las características de ese bien jurídico?* Se trata de cuestiones que corporifican el contenido de la teoría del bien jurídico.

El principio de ofensividad, a su vez, tiene otros tipos de preocupaciones: *¿Qué contribución puede dar para definir “materialmente” el bien jurídico? ¿Cómo, de qué modo o de qué forma el legislador debe plasmar la configuración típica del delito? ¿En qué consiste la lesión o el peligro para el bien jurídico? ¿Cuáles son los límites de la anticipación de la tutela penal? ¿Cuál es su relevancia dogmática (interpretativa y aplicativa de la ley)?*

Desde una *perspectiva puramente conceptual*, así, no creemos que el principio de ofensividad deba ser reconducido a otro principio de Derecho penal, como sería el caso del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos⁷⁰ o de legalidad⁷¹ o de protección fragmentaria.⁷²

⁷⁰ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 264; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 161 y ss.

⁷¹ En ese sentido: COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 290.

⁷² SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 291.

Con todos ellos, bien como con el “principio de hecho”, se correlaciona indudablemente. Pero, teniendo contenido conceptual propio, cumpliendo funciones exclusivas, mejor sería admitir que tiene una singular identidad, una autonomía existencial.

Desde la *perspectiva sistemática o dogmática*, en cambio, la compenetración del principio de ofensividad y el de legalidad penal es innegable: “no se trata de un *plus* que se exija, además de la contradicción con un precepto penal positivo, para que pueda afirmarse el delito, de modo que, si aquel no se produce, éste no exista. En absoluto. El principio de ofensa o ‘lesividad’ se encuentra condicionado y limitado por el principio de legalidad, de suerte que tiene que ser reconducido a éste de forma inexorable. Por medio de la afirmación del principio de legalidad debe concretarse y requerirse la lesión al bien jurídico, unificándose la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa a aquél. Más todavía: toda contradicción de un hecho con la norma penal constituye, al mismo tiempo, la verificación de un menoscabo a un bien jurídico. Misión del jurista será la concreción de éste dentro de la disposición legal”.⁷³

3.4 Ofensividad, fragmentariedad y subsidiaridad

La presencia de una ofensa al bien jurídico para la legitimación de la tutela de naturaleza *penal*, aunque sea condición necesaria, no es suficiente.

⁷³ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 290. Para que el principio de ofensividad sea efectivo en su dimensión constitucional dos son las condiciones necesarias: (a) que referido principio se compenetre en el superior principio de legalidad; (b) que se asegure una función de garantía dentro del principio de legalidad (cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 210).

Única y exclusivamente la ofensa *intolerable* (principio de fragmentariedad) justifica la intervención penal y asimismo cuando no hay otros medios más idóneos (principio de subsidiaridad).

La lógica que los dos aspectos de la intervención mínima (fragmentariedad y subsidiaridad)⁷⁴ comporta es la siguiente: no hay delito sin conducta; no hay conducta penalmente relevante sin ofensa a un bien jurídico; no hay ofensa penalmente punible sino cuando es intolerable; pero, en razón de la intervención mínima del Derecho penal, no toda ofensa intolerable debe ser delito, porque puede haber otros medios más idóneos de protección.

La ofensividad, como se ve, desde el punto de vista de la incriminación (político-criminal) es una exigencia previa a la fragmentariedad y a la subsidiaridad. Sin la perspectiva precedente de la ofensa, no se habla en intervención mínima, que está orientada a evaluar tanto su carácter intolerable (grado de repercusión de la ofensa en la convivencia social, que se extrae principalmente de la importancia del bien jurídico y también del nivel de ataque) como la idoneidad de la forma de tutela (principio de subsidiaridad).

3.5 Ofensividad y necesidad (proporcionalidad)

⁷⁴ Véase supra Cap. II, n. 2.

El derecho de castigar, como decía Beccaria,⁷⁵ parafraseando Montesquieu, “si no deriva de la absoluta necesidad, es tiránico”. Y el Derecho penal es necesario,⁷⁶ en el actual momento histórico y según la óptica del Estado de Derecho de los derechos fundamentales, exclusivamente para evitar lesiones o puestas en peligro de bienes jurídico-penales y, asimismo, la intervención debe ser la menor posible.

Si por un lado cabe considerar que bienes jurídicos son determinadas relaciones sociales valoradas positivamente, por otro, no se puede olvidar que ni todo bien jurídico debe convertirse automáticamente en bien jurídico-penal.⁷⁷ Tampoco la protección penal debe extenderse a todas las modalidades de ataque (piénsese en la amplitud de la tutela penal concedida a la vida en comparación con la protección que se ofrece a la propiedad: en este último caso el Derecho penal tan sólo interviene contra algunos ataques).

Por lo tanto, podemos afirmar que el principio de necesidad se concreta, en el ámbito del Derecho penal, dentro del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de ofensividad y de intervención mínima (fragmentariedad y subsidiaridad).⁷⁸

⁷⁵ BECCARIA, *De los delitos y de las penas con el comentario de Voltaire*, p. 32. El fundamento del derecho de castigar, afirmaba BECCARIA, está “sobre la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones”.

⁷⁶ Sobre el principio de necesidad en Derecho penal, como expresión del principio de proporcionalidad en sentido amplio, cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 159 y ss.

⁷⁷ Cfr. supra Cap. III, n. 7.2.

⁷⁸ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 159, que no incluye expresamente el principio de ofensividad en el de necesidad porque cuida de ese principio conjuntamente con el de exclusiva protección de bienes jurídicos (ob. ult. cit., p. 161 y ss.).

La relación existente entre el principio de necesidad (que no pasa de uno de los aspectos del principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso) y el de ofensividad sería de género y especie. La exigencia de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico como condición *sine qua non* para justificar la incidencia de una sanción penal no es nada más que la materialización de la idea de que el Derecho penal es un derecho de libertades.

Y para justificar la pérdida de un derecho fundamental, sobre todo el de la libertad individual, no hay duda que la proporcionalidad (necesidad) y la justicia exigen una ofensa a otra libertad también relevante. Las consecuencias más evidentes del planteamiento que acaba de exponerse son las siguientes: (a) el Derecho penal no es necesario para cualquier otro tipo de infracción que no sea lesiva o peligrosa para un bien jurídico (con lo cual resultan refutables, frente al ámbito de lo penalmente punible, las infracciones de deber o de mera desobediencia); (b) exclusivamente la efectiva lesión o el concreto peligro justifican la prohibición en el Derecho penal de la libertad, excluyéndose cualquier otro tipo de peligro (abstracto, presumido, hipotético etc.).⁷⁹

4. La controvertida cuestión de la consagración normativa del principio de ofensividad: perspectivas doctrinal y jurisprudencial

Más allá de constituir una importante proposición axiológica de carácter político-criminal, es decir, una exigencia ético-política (externa), con la

⁷⁹ Cfr. infra Cap. V nuestra postura sobre los límites de la anticipación de la tutela penal.

pretensión de cumplir un relevante papel en el momento *legislativo* del Derecho penal, llevando al legislador a vincularse a sus bases objetivas fundadas en el binomio *bien jurídico - efectividad de la ofensa*, cierto es que un gran sector de la doctrina considera que el *principio de ofensividad* cuenta ya con consagración normativa (constitucional y legal),⁸⁰ pese a la inexistencia de una previsión *expresa* del principio: de ahí su irrefutable relevancia no sólo en el ámbito político-criminal sino también y sobre todo en sede hermenéutica y aplicativa del Derecho Penal (del tipo penal).

a) *El principio de ofensividad en el Derecho italiano*

En Italia es donde más se ha desarrollado el debate.⁸¹ En éste país, en efecto, el principio de ofensividad, cuyo significado esencial consiste en interpretar la figura típica con base en una ofensa al bien jurídico tutelado, es resultado de una elaborada doctrina, que apunta dos niveles normativos para fundamentarlo: legislación ordinaria (art. 1.º y 49.2 CP) y Constitución (arts. 13, 25 y 27).⁸²

Un fuerte sector doctrinal, con apoyo en los arts. 1.º y 49.2 del CPI, comparte la llamada “*concepción realista del delito*”, según la cual la

⁸⁰ Para el Derecho italiano cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 206; PALLADINO, Principio de offensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.211 y ss.; en el Derecho español véase GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 9. Sobre el tema aún GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 47 y ss. En sentido crítico a la consagración normativa del principio de ofensividad cfr. ZUCCALÀ, Considerazioni critiche sul principio di necessaria offensività del reato, *Funzioni e limite del Diritto penale*, p. 279 y ss.

⁸¹ Cfr., por todos, MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 203 y ss. Véase también GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 47.

⁸² Cfr. PALLADINO, Principio de offensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.212.

infracción penal consiste en un hecho humano ofensivo a un interés penalmente protegido.⁸³ Para esa corriente el principio de ofensividad está debidamente contemplado en la ley ordinaria.

Pese a que la Constitución italiana no hace *expresa* referencia al principio de necesaria ofensividad o lesividad como presupuesto indeclinable de la punibilidad del hecho,⁸⁴ la doctrina actual en aquel país⁸⁵ busca consolidar el referido principio:⁸⁶ (a) en la expresión “*hecho cometido*” (que viene

⁸³ Cfr. PALLADINO. Principio de offensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.212, que apunta como partidarios de la concepción realista del delito MARINI, BRICOLA, VASSALLI, FIORELLA, MALINVERNI, NEPPI MODONA, FIORE, MANTOVANI etc. Pero el debate sobre la concepción realista o ofensiva del delito tiene origen sobre todo en la doctrina de GALLO (cfr. referencias en GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 47).

⁸⁴ La Corte Constitucional italiana nunca ha declarado una norma ilegítima porque non ‘ofensiva’: cfr. DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, p. 29.

⁸⁵ Así: BRICOLA, *Teoria generale del reato, Scritti di Diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, 1997, p. 541 y ss.; MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 312; FIORE, Principio di tipicità e concezione realistica del reato, *Problemi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*, 1982, p. 57; MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 203 y ss.; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 93 y ss.; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, Costituzione, diritto e processo penale*, AA.VV, 1998, p. 133 y ss.; FIORE, *Il principio de offensività, L'Indice Penale*, 1994, p. 278 y ss.; VALENTI, *Principi di materialità e offensività. Introduzione al sistema penale*, AA.VV, 1997, p. 241-243 y ss. Para FERRAJOLI el principio de “lesividad” está debidamente consagrado en el Derecho Penal italiano. En el plano normativo ordinario casi no se discute. Pese a las controversias en el plano constitucional, “sería ilógico entender que se admita privaciones de un bien constitucionalmente primario, como es la libertad personal, si no es para evitar ataques a bienes de rango igualmente constitucional” (*Derecho y razón. Teoria del garantismo penal*, p. 474). Niega que la Constitución italiana ha consagrado el principio de ofensividad: VASSALI, Principio de offensività, *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, 1982, p. 659 y ss. Sobre la polémica cuestión de la consagración normativa del principio: DE FELICE, *Un codice penale da riformare? Brevi considerazioni in tema di offensività del reato e di esercizio del potere discrezionale del giudice, Problemi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*, 1982, p. 49. Confirmando la consagración normativa constitucional del principio de ofensividad en Italia y su ya tradicional aplicación, particularmente en el caso de “falsedad grosera”: LAGHI, *Comentarios a la S. de 13.11.97 de la “Corte de Cassazione-Sez. I penale” L'Indice Penale*, 1999, n.1, p. 274 y ss. Sobre la interpretación de la expresión “hecho cometido” (“fatto commesso”) véase SPASARI, *Fatto e reato nella dogmatica del codice e della costituzione, RIDPP*, 1991, p. 1.116 y ss.

⁸⁶ Aún sobre el debate respecto a la vigencia del principio de ofensividad en Italia cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 166-168; PETRINI, *Reati di*

contemplada en el artículo 25.2 de la CI), la punición de la persona sólo se justifica por lo que “hace”, no por lo que “es” o “quiere”; (b) si la pena se concibe como sanción fundada en la retribución ético-jurídica, pero con finalidad *reeducativa* (art. 27.3, de la CI), teniendo en cuenta la *inviolabilidad* de los derechos fundamentales (art. 2.º) y la preocupación de equilibrio para que la pena no sea pura retribución ni mera reeducación, debe fundarse en un hecho lesivo al bien jurídico;⁸⁷ (c) si la punibilidad está subordinada a la realización *personal* de un hecho (injusto), para no instrumentar al hombre (Kant), el recurso a la pena solamente se justifica cuando sea *necesariamente lesivo el hecho*;⁸⁸ (d) en razón de la inherente “aflicción” de las penas, que afectan derechos fundamentales relevantes (libertad, patrimonio etc. – CI, art. 13), únicamente pueden justificarse para la tutela de bienes jurídicos importantes siempre y cuando la conducta delictiva presente una carga expresiva de *ofensividad*.

Otras razones suficientes para el reconocimiento *constitucional* del principio de ofensividad serían: (a) la libertad moral, que se expresa en el principio *cogitationis poenam nemo patitur*; (b) el principio de tolerancia y de respeto a las minorías; (c) el factor histórico, que impide que el Estado configure el delito como mera desobediencia, tal como hicieron los

pericolo e tutela della salute dei consumatori, p. 108 y ss; Cfr. PALLADINO, Principio de ofensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.211 y ss.

⁸⁷ Sobre la fundamentación del principio de ofensividad en los fines de la pena cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 120 y ss.

⁸⁸ Así SPASARI, apud VIGLIETTA, Spunti per una riforma del sistema penale. Dal Diritto penale dello stato-autorità al Diritto penale minimo, *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, 1998, p. 17.

regímenes totalitarios;⁸⁹ (d) todos los principios inherentes al Estado de Derecho de los derechos fundamentales.

El fundamento constitucional del principio de ofensividad, además, y como opinan Marinucci y Dolcini,⁹⁰ “reside sobre todo en el conjunto de principios [que constituyen el cuadro general típico de un Estado de Derecho] que, más allá de configurar el Estado como laico, plural, inspirado en los valores de tolerancia y dignidad de la persona, así como en el principio de la soberanía popular, impiden que el Derecho penal persiga finalidades transcendentales o éticas, degrade a la persona a objeto de tratamiento por presuntas inclinaciones antisociales y castigue la mera desobediencia”.

Así, el único modelo de delito compatible con la Constitución y el Estado de Derecho de los derechos fundamentales es el que se estructura como ofensa (lesión o peligro concreto) a bienes jurídicos.

También el principio de *tassatività*, que es una de las dimensiones de garantía del principio de legalidad y que cuenta con configuración constitucional (CI, artículos 25.2 y 27), constituiría fundamento para el principio de ofensividad. Aquel alcanza incluso al bien jurídico porque cuanto más imperceptible (“*inafferrabile*”) más impreciso es el propio *Tatbestand*.

El esfuerzo, por lo tanto, se hace en el sentido de que la *tipicidad* sea equivalente a *ofensividad*, lo que no ocurre precisamente con los delitos de “amplio espectro” (crimen contra el orden económico o contra el orden

⁸⁹ Sobre el condicionamiento de la “fisonomía de delito” por el tipo de Estado, cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 313.

⁹⁰ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 339.

económico-financiero) o “vagos” (contra las costumbres) o cuando tutelan bienes no consolidados socialmente,⁹¹ que ponen en riesgo la operatividad tanto de la culpabilidad como de la función preventiva general de la pena.

La *Corte Constitucional* italiana respecto a la *constitucionalización del principio de ofensividad*,⁹² aunque nunca ha declarado una norma ilegítima en razón del principio de ofensividad, en diversas ocasiones viene resaltando que “constituye deber del juez de mérito... verificar, teniendo en cuenta la función interpretativa que emana del principio de necesaria ofensividad de la conducta concreta, si... la conducta del agente está privada de cualquier idoneidad ofensiva concreta y consecuentemente se instala fuera del área de lo penalmente relevante; que el principio deba regir toda interpretación de las normas penales es una regla que se acepta unánimemente”.⁹³

La significación de esa primitiva posición de la Corte Constitucional italiana era la siguiente: mantenía un tradicional *self-restraint* con relación a la legitimidad exclusiva del legislador para configurar las decisiones político-criminales, *ex vi* del principio democrático, pero no dejaba de reconocer la dimensión *hermenéutica y aplicativa* del principio de

⁹¹ Cfr. MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 88-89.

⁹² Cfr. sobre el tema GIOFFRÈ, *Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio de offensività*, *Cassazione penale*, 1997, p. 736 y ss.

⁹³ Cfr. S. 333, de 11 de julio de 1991, de la Corte Constitucional italiana, *RIDPP*, 1992, p. 285 y ss.; véase también S. 62, de 26 de marzo de 1986 y S. 296, de 23 de julio de 1996, citadas por MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 316. Pese a los adelantos en el sentido del reconocimiento del principio de ofensividad, la verdad es que aún no es un tema absolutamente tranquilo: cfr. FIANDACA, *Note sul principio de offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in Diritto penale*, p. 61 y ss. (especialmente p. 81 y ss.); Cfr. PALLADINO, *Principio de offensività: verso un'estensione della sua portata?*, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.211 y ss.

ofensividad. Reconocía su incidencia *de iure condito* (*rectius: nullum crimen sine iniuria*) y se reservaba en cuanto a la dimensión garantizadora del principio como límite frente al legislador, es decir, *de iure condendo* (o *nulla lex sine iniuria*). El legislador cuenta, en esa línea de pensamiento, con amplia libertad en la configuración del supuesto de hecho.

El evidente riesgo que se podía entrever en esa postura de la Corte Constitucional consistía, naturalmente, en la posibilidad de que el legislador no actuara plenamente de acuerdo con el paradigma de la necesaria ofensividad del delito. Y si a ello se sigue un *self-restraint* de la jurisdicción constitucional, no se podía extraer otra consecuencia sino la de subrayar la relevancia del momento exegético aplicativo, a cuya responsabilidad correspondería, en atención a la efectividad del modelo lesivo de ilícito, reconducir las eventuales hipótesis de *lex sine iniuria* en un concreto *nullum crimen sine iniuria*.⁹⁴ De todos modos, lo cierto era y es formular la exigencia de que el legislador plasme la incriminación en consonancia con el principio de la necesaria ofensividad.

Respecto al tema del *control de constitucionalidad* del principio de ofensividad, pese a no haber llegado aún al punto ideal, es notable y digna de mención la (*posterior*) *evolución de la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana*:⁹⁵ en lo que se refiere a la función político-criminal

⁹⁴ Era precisamente esa la orientación de la Corte Constitucional italiana que señaló corresponder al intérprete la imperativa necesidad de la reconstrucción en sede de hermenéutica de los tipos legales *prima facie* en disconformidad con el principio de ofensividad: esto ha ocurrido en el tema de incendio, apología de crimen, instigación pública al odio entre las clases sociales etc. (cfr. LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.97, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L'Indice Penale*, 1999, p. 303).

⁹⁵ Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Costituzione Diritto e Processo Penale*, p. 48 y ss., Véase aún: MILITELLO/ORLANDI, *Guida al sistema penale degli anni novanta. Normativa, giurisprudenza, dottrina*, p. 92 y ss.

de garantía del principio, ya se ha elaborado una serie de criterios que permite una penetrante incursión en el “producto legislativo”; en cuanto a la función interpretativa (dogmática) del principio de ofensividad, si en un primer momento es cierto que la Corte adoptaba la llamada “cláusula de reenvío”, remitiendo al juez la aplicación del principio en el caso concreto (así, v.g., la S. 62/1986), a quien cabría negar aplicación de la ley a los hechos concretamente inofensivos al bien jurídico tutelado, *a posteriori*, abandonando el tradicional y a veces exageradamente cauteloso *self-restraint*, en diversas ocasiones ha dado aplicación concreta al citado principio en distintas dimensiones: (a) introduciendo a supuestos de hecho del régimen fascista, un requisito de peligro concreto al bien jurídico tutelado (SS. 19/1962, 84/1969, 65/1970, 108/1974); (b) transformando el bien jurídico para compaginarlo con el cuadro axiológico constitucional vigente (SS. 9/1965, 368/1992, 523/1987); (c) creando nuevos requisitos típicos estructurales (S. 15/1973); (d) censurando la actividad legislativa de “grossolana irrazionalità” (SS. 52/1996, 3/1997).

Y en la actualidad, el control constitucional de *razonabilidad* de la ley penal (que significa sólo indirectamente un control de ofensividad) se centra fundamentalmente en criterios que se están consolidando cada vez más convincentemente: (a) concreta ponderación entre bienes jurídicos (S. 341/1994); (b) proporcionalidad entre costes y beneficios (S. 409/1989); (c) adecuación entre medio y fin (S. 308/1992); (d) control del “merecimiento” del bien jurídico para convertirse en objeto de tutela penal (S. 519/1995).

Se entiende, de este modo, que se encuentra (aunque *implícitamente*) *constitucionalizada* la concepción del delito como un “ilícito típico

ofensivo”, es decir, “a la tipicidad pertenece, aparte de otros requisitos formales (conducta, resultado material, relación de causalidad) el requisito esencial de la ofensa al interés tutelado. Si en ausencia de uno sólo de los restantes requisitos formales el hecho no constituye delito, aún ofendiendo el interés protegido, sin la ofensa de tal bien el hecho no es delito incluso si presenta todos los demás requisitos, faltando en ambos casos la tipicidad”.⁹⁶

La exigencia de una *aplicación no formalista del Derecho penal*, que reconduce a la estricta “objetivización” del delito en su aplicación práctica, centrada en la tutela de bienes jurídicos y su necesaria ofensividad, es, en verdad, una conquista antigua de la jurisprudencia, particularmente en lo que se refiere a la “inocuidad lesiva de la falsedad”, que constituye precisamente uno de los campos referenciales del principio de ofensividad, tal como confirma, por ejemplo, una reciente Sentencia de la *Corte di Cassazione – Sez. I*, de 13.11.1997, que, una vez más, ha rechazado la punibilidad en un caso de “falsedad inidónea”.

En los comentarios que hizo, Ligia Laghi⁹⁷ puso de manifiesto la tradicional tendencia jurisprudencial de no reconducir la falsedad punible a la “*mera immutatio veri*”. La no punibilidad de la falsedad inidónea constituye precisamente uno de los “terrenos preferidos” del

⁹⁶ Cfr. GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 159.

⁹⁷ Véase LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.97, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L'Indice Penale*, 1999, p. 273 y ss., cuyo enunciado básico es: “No es punible, en virtud de la inidoneidad de la acción, la falsedad que se revela en concreto inidónea para lesionar el interés tutelado del carácter genuino del documento, es decir, que no cuenta con capacidad de alcanzar un carácter antijurídico”.

reconocimiento jurisprudencial del *nullum crimen sine iniuria*.⁹⁸ El hecho no subsiste cuando concretamente no reúne capacidad de ofender el bien jurídico protegido por la norma incriminadora (*falsitas quae nemini nocet non punitur*).

En la inidoneidad de la conducta, así como en un juicio axiológico del bien jurídico tutelado, se agota, prácticamente, el *proprium* de la citada decisión, que reafirma una ya clásica doctrina en el sentido de que la mera conformidad de la conducta al tipo legal, aunque signifique la subsunción formal del hecho en la literalidad descriptiva, es condición necesaria pero no suficiente para la completa integración del delito, es decir, la disensión entre la “realidad efectiva” y la “realidad declarada” no representa más que el primer requisito para la configuración del ilícito penal, pero evidentemente no el único. Es necesario, por lo tanto, siempre un *quid pluris*, que es justamente la concreta ofensa al bien jurídico, bajo la forma de lesión o peligro concreto de lesión.

Más recientemente, la misma *Corte de Cassazione – Sez. III*, en Sentencia de 12.03.1998, con fundamento en el principio de ofensividad, no ha reconocido delito en la conducta de quien produce y comercializa alimentos después de la autorización de los órganos públicos de sanidad, aún faltando la debida habilitación de otros órganos administrativos. El ejercicio de actividad después de la autorización sanitaria no configura una violación real al art. 2.º, de la ley de 30.04.1962, n. 283, una vez que el

⁹⁸ Cfr. SVARIATI, Il reato de falso e il principio de offensività in una recente pronuncia della Cassazione, *Cassazione penale*, 1995, p. 922 y ss. Sobre el reconocimiento del principio de ofensividad en otros delitos: cfr. GIOFFRÉ, Ritrazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio de offensività, *Cassazione penale*, 1997, p. 736 y ss.; VASSALI, Principio de offensività, *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*, 1982, p. 628 y ss.

defecto formal de habilitación no configura ninguna ofensa al interés tutelado por la norma.⁹⁹

Ahora bien, procede resaltar que la postura jurisprudencial en cuestión (de la Corte Constitucional, de la Corte de Casación y los jueces), que confiere expreso reconocimiento al principio de ofensividad, ora fundamentándolo en la Constitución, ora en la legislación ordinaria,¹⁰⁰ está en perfecta sintonía con la doctrina italiana más actualizada,¹⁰¹ que dice: “en un Estado en el que ‘la soberanía pertenece al pueblo’ (art. 1, 2, CI), todo poder emana de él y la justicia se administra en su nombre (art. 101, 1), el Derecho penal no puede perseguir objetivos trascendentes y el delito no puede consistir en violación de preceptos divinos; reconocida la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales (art. 3, 1), así como el derecho de todos los ciudadanos de expresar libremente su pensamiento (art. 21, 1) y la igualdad y libertad religiosa (art. 8, 1), la Constitución delinea un Estado plural, laico, fundado en el valor de la tolerancia; en un Estado tal, el Derecho penal no puede ser instrumento de imposición coactiva de una particular visión política, religiosa o ética y el delito no puede por ello configurar una mera violación de una norma ética o religiosa o un mero disenso político; una Constitución que plasma la dignidad humana como principio cardinal (art. 3, 1) impide la concepción

⁹⁹ Cfr. todos los términos de la Sentencia y comentarios en *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.209 y ss. Véase también Cfr. PALLADINO, Principio de ofensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.211 y ss.

¹⁰⁰ Cfr. PALLADINO, Principio de ofensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.214.

¹⁰¹ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale v. 1. Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica. Prima che il libro scientifico muoia*, p. 311-316.

de un Derecho penal que reduzca al hombre a un ‘material’ sujeto a ‘tratamiento’ para castigar una supuesta antisociabilidad y, por supuesto, un modelo de delito formalizado como mero ‘síntoma’ de peligrosidad o antisociabilidad individual”; el reconocimiento, por último, del hombre como portador de “derechos inviolables” (art. 2) plasma una relación entre el individuo y la autoridad antitética a la condición de completa sujeción en que se coloca al individuo en el Estado totalitario: el legislador penal [así como el intérprete y el aplicador] no puede, por ello, contemplar el delito como mera desobediencia, violación de un deber de fidelidad, mera intención rebelde etc.”.

En resumen: “en un Estado pluralista, laico, fundado en el valor de la tolerancia, en el cual todo el poder emana del pueblo soberano, que en el hombre reconoce el valor de la dignidad así como un núcleo de derechos inviolables, en un Estado tal el Derecho penal no puede perseguir finalidades transcendentales o éticas, no puede contemplar al hombre como mero ‘objeto’ de tratamiento en razón de una presumida inclinación antisocial, ni tampoco reprimir la mera desobediencia. El único modelo de Derecho penal y de delito compatible con la Constitución es, por lo tanto, el de un *Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos* y de un *delito* estructurado como *ofensa a los bienes jurídicos*, en la forma de lesión o de puesta en peligro”.¹⁰²

b) *El principio de ofensividad en el Derecho español*

¹⁰² Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale v. 1. Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica. Prima che il libro scientifico muoia*, p. 314.

En cuanto a *España*, antes del nuevo CP, González Cussac¹⁰³ entendía que el principio de ofensividad tenía asiento no sólo en la Constitución, sino también en el Código Penal. Mencionaba los artículos 2.2 y 61.4 (ACP), que hoy corresponden a los artículos 4.2 y 66.4. Al referirse el NCP a “mal causado por la infracción” y a “mayor o menor gravedad del hecho”, no hay duda que su opinión sigue siendo válida.

Para Aguado Correa,¹⁰⁴ la fundamentación del principio de ofensividad es constitucional porque se deriva del principio de necesidad. De cualquier modo, está condicionado y limitado por el principio de legalidad.¹⁰⁵

Importante es recordar que el Tribunal Constitucional siempre ha seguido una línea interpretativa coherente con el principio de ofensividad, auspiciando muy tempranamente la relevancia constitucional del bien jurídico. En una de sus primeras sentencias (STC 11/1981, del 08 de abril) reinterpreto el art. 222, 1.º, CP entonces vigente en clave de lesividad constitucional.¹⁰⁶ Después, en la Sentencia 111/1993, ha asumido la idea de la doble influencia del principio de ofensividad: sobre el legislador y sobre el juez.¹⁰⁷

¹⁰³ Cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal in *Poder Judicial*, 1986, p. 9 (nota n. 12).

¹⁰⁴ AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 165.

¹⁰⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 290.

¹⁰⁶ Cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 49.

¹⁰⁷ Cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 49.

Muy oportuno parece observar, con Silva Sánchez,¹⁰⁸ como en un sector de la jurisprudencia española se advierte una tendencia cada vez más evidente hacia la superación del positivismo legalista, de modo tal que el proceso de aplicación de la ley se caracteriza correctamente como un “proceso de obtención del Derecho” (*Rechtsfindung, Rechtsgewinnung*), particularmente en la interpretación de los tipos penales, sujetándolos “a los fines político-criminales materiales del Derecho penal”, como por ejemplo, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos o al principio de ofensividad.¹⁰⁹

El autor cita la STS de 15.03.1983 (relativa a la sustracción de menores por su padre) como *leading case* en el reconocimiento de la atipicidad en casos en los que, aunque gramaticalmente la conducta del sujeto activo resulta perfectamente subsumible en los términos legales, parece claro, a la luz del bien jurídico protegido en el precepto de que se trate, que dicho bien jurídico no ha sido puesto en peligro.¹¹⁰

¹⁰⁸ Véase SILVA SÁNCHEZ, Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español, p. 44-45.

¹⁰⁹ En el Derecho Penal español no se encuentra ninguna proclamación expresa del principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia constitucional no dudan en proclamar su vigencia: cfr. SSTC 105/1988, de 8 de junio y 62/1982, de 15 de junio (citadas por GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 32); GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 46 y ss. Cuanto a la exigencia de ofensividad en el Derecho Penal de la culpa cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Política criminal, principios garantistas materiales y Derecho penal de la culpa, *RPCP*, 1998, p. 551 y ss.

¹¹⁰ En otras Sentencias, informa Silva Sánchez (Nuevas tendencias político-criminales, p. 44-46), el Tribunal Supremo ha seguido la misma línea de argumentación (véase STS de 05.07.1993, ponente García Miguel; STS de 13.03.1993, ponente García Ancos; STS de 18.06.1992, ponente Moyna Ménguez; STS de 09.02.1994, ponente Martín Pallín; STS de 27.05.1994, ponente Bacigalupo Zapater; STS Pleno 18.02.1994). Aplicándose el principio de intervención mínima y siempre excluyendo la tipicidad material en supuestos en que se ha realizado gramaticalmente el tenor del tipo véase STS de 04.04.1990, ponente Puerta Luis; STS de 10.12.1991, ponente Bacigalupo Zapater.

En ese sentido, merece particular consideración la interpretación jurisprudencial de signo teleológico en materia de *drogas*, donde con facilidad se nota una regulación que pugna por principios constitucionales básicos como el de seguridad, fragmentariedad, subsidiaridad, proporcionalidad y ofensividad, quedando por debajo de las exigencias mínimas de un Derecho penal de cuño garantizador. Teniendo en cuenta que al disciplinar el tema el legislador no ha renunciado a las tendencias internacionales marcadamente represivas, que pretenden castigar todo cuanto se relacione con el tráfico de drogas, era natural que la tarea de adecuar la abusiva legislación a los parámetros de un Derecho penal razonable tenía que quedar relegada al momento de la efectiva aplicación de la ley.

En tanto que la perspectiva valorativa adoptada en la interpretación judicial ha sido de signo teleológico, “esos juicios de corrección y de adecuación material se han inspirado en criterios relativos a los fines del Derecho penal. Principios tales como el de exclusiva protección de bienes jurídicos bajo una intervención penal minimizadora o los de prohibición de exceso, igualdad o presunción de inocencia han pasado a ser fundamentales y guía esencial en la elaboración jurisprudencial –mayoritaria– de los últimos años, con relación al delito de tráfico de drogas y figuras calificadas. Entre ellos, merece mención especial el primero de esos principios, también llamado de lesividad, por su particular incidencia en la determinación de los límites de lo punible bajo ese delito”.¹¹¹

c) *El principio de ofensividad en el Derecho brasileño*

¹¹¹ Véase MAQUEDA ABREU, *Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas*, La ley, 1998, n. 5, p. 1.553.

Si bien es verdad que no se puede decir que sea una tendencia mayoritaria en la jurisprudencia brasileña, merece citarse una importante Sentencia del Superior Tribunal de Justicia,¹¹² coherente con esa línea que reputamos político-criminalmente legítima de que el delito no se configura únicamente con la realización formal (gramatical) del tipo.

d) *Corolarios naturales del reconocimiento del principio de ofensividad*

Del principio de la necesaria ofensividad del delito, que tiene como presupuestos (a) la obligación para el legislador de recurrir a la sanción penal únicamente cuando presente la “necesidad” de tutelar un bien jurídico¹¹³ y (b) la indispensable individualización del bien jurídico protegido, argumentando “*dal sistema tutto y dalla norma particolare*”,¹¹⁴ deriva el corolario importante de que el juez debe no sólo verificar si el

¹¹² Cfr. STJ, Recurso Especial 34.322-0, 6.º Grupo, ponente Vicente Cernicchiaro, que al juzgar un caso de conducción sin el correspondiente permiso –antiguo artículo 32 de la Ley de las Contravenciones Penales– destacó: “La infracción penal no es sólo conducta. Es también resultado en el sentido jurídico normativo, o sea, lesión o peligro de lesión al bien jurídico. La doctrina reniega los delitos de peligro abstracto. En efecto, no tiene sentido punir la simple conducta si ella no cuenta, al menos, con probabilidad de riesgo al bien jurídico. El ilícito penal no resulta del simple conducir sin el correspondiente permiso. Eso es un ilícito administrativo. La relevancia penal nace cuando la conducta pone en peligro de daño el bien jurídico. Hasta entonces, la conducta será atípica”. Con la ley 9.503/97 (Código de Tránsito Brasileño) la conducta de conducir sin permiso pasó a la categoría de delito, pero, el tipo penal (artículo 309) ahora se refiere expresamente al “peligro de daño”. En el Recurso en *Habeas Corpus* n. 8.151-SP, el mismo Superior Tribunal de Justicia, ponente Vicente Cernicchiaro, no sólo reconoció la derogación del antiguo artículo 32, como una vez más afirmó: “La doctrina penal moderna repudia el denominado delito de peligro abstracto. El delito es fenómeno socialmente negativo. Por eso, el resultado evidencia daño o peligro de daño al bien jurídicamente tutelado. Peligro, a su vez, entendido como probabilidad de daño. Así hay que separar el mero peligro abstracto que traduce idea de solamente en tesis el objeto jurídico ser afectado”.

¹¹³ Cfr. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, *Costituzione, Diritto e Processo Penale*, 1998, p. 47 y ss.

¹¹⁴ Cfr. Corte Costituzionale, 19-26 marzo 1986, n. 62, p. 1.057. Véase también PALLADINO, *Principio de ofensività: verso un'estensione della sua portata?*, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.214.

hecho concreto corresponde a la descripción típica, sino sobre todo su ofensividad (lesión o peligro) al bien jurídico.¹¹⁵

Si en el nivel legislativo ordinario (ordenamiento codificado), como veremos,¹¹⁶ no cabe duda respecto a la consagración del delito como una ofensa a un bien jurídico (piénsese en la configuración de las Partes Especiales con base en bienes jurídicos, en el lenguaje de los tipos penales que revelan la característica de la ofensividad, en la plasmación de la tentativa de delito conforme a líneas objetivistas, en la impunidad del delito imposible, etc.), si ya prácticamente no se cuestiona su –tácitamente al menos– constitucionalización, como se viene empeñando amplios sectores doctrinales en demostrar, no se puede extraer otra conclusión sino la de que el principio de ofensividad, más que constituir un criterio limitador del *ius puniendi*, pasa a constituir uno de los núcleos centrales de vinculación del *intérprete y aplicador* de la ley.

e) En busca de una consagración explícita del principio de ofensividad

No cabe duda que el principio de ofensividad, pese a las “parciales” reticencias de las Cortes Constitucionales, reclama el reconocimiento del *status* de un *principio general* de todo el sistema penal con pretensión de operatividad, sea en el momento legislativo (político-criminal), sea especialmente en el de la aplicación de la ley, como instrumento exegetico o hermenéutico que permita no sólo dotar el ilícito penal de un sentido material garantista, sino consecuentemente eliminar del ámbito de lo

¹¹⁵ Cfr. PALLADINO, Principio de offensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.212.

¹¹⁶ Cfr. *infra* en éste Cap. IV, n. 5.4.

punible conductas sólo “formalmente” típicas, pero sin la lesividad resultante.

Es de aceptación generalizada la idea de que el principio de ofensividad ya encuentra consagración legal y constitucional – al menos tácitamente. De ahí procede extraer no sólo un mayor grado de vinculación de todos los poderes públicos (y no sólo *de iure condendo* sino especialmente *de iure condito*), sino una tutela jurisdiccional más amplia (en virtud de la interpretación de toda norma de acuerdo con la Constitución y los principios que emanan de ella).

Sin embargo, y observando que el nivel de exigencia del principio de ofensividad puede ser diferente cuando comparamos la protección *penal* con otro tipo de protección (*civil, administrativa*),¹¹⁷ pienso que el mejor camino será la plasmación legal y constitucional *explícita* del principio.¹¹⁸

Ello precisamente era lo que pretendía el proyecto de revisión constitucional en Italia, que fue aprobado en una primera discusión en noviembre de 1997, pero hasta el momento no se ha convertido en norma

¹¹⁷ Véase MANNA, *Beni della personalità e limiti della protezione penale*, p. 91.

¹¹⁸ Sobre las diversas tentativas de configuración del principio de ofensividad de modo explícito en el ordenamiento jurídico italiano, cfr. LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.97, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L'Indice Penale*, 1999, p. 299 y ss. La autora menciona una orientación de la *Relazione al progetto per l'emanazione di un nuovo codice penale* en el sentido de prever un principio para que la norma penal sea interpretada de tal modo que limite la punibilidad de los hechos ofensivos a los bienes jurídicos, y de que se promueva una Reforma Constitucional, de la cual pasaría a constar expresamente el principio de ofensividad. En su opinión, parece oportuna una contemplación “oficial” del principio de ofensividad, lo que significaría la consagración de una doctrina que elaboró una teoría general del delito desde las bases constitucionales (ob. ult. cit., p. 304). Sobre el Proyecto de Revisión Constitucional (art. 129) cfr. ANGIONI, Principio di offensività, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionale*, p. 113 y ss; DONINI, L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, *Critica del Diritto*, p. 95 y ss. (especialmente p. 109 y ss.); Cfr. también diversos comentarios (PAGLIARO et alii) *L'Indice Penale*, 1998, p. 318 y ss.

obligatoria. El art. 129.1 limitaba la tutela penal a los bienes de relevancia constitucional [*“Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale”*] y el art. 129.2 contemplaba expresamente la exigencia de ofensividad concreta para el castigo de la infracción [*“Non é punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività”*].

El sector de la doctrina que apoya la constitucionalización expresa del principio de ofensividad presenta como argumento principal el hecho de que la “concepción realista del delito”, que continua siendo una de las bases del reconocimiento del principio, tiene fundamento en la *ley ordinaria* (art. 49.2, CPI). En el momento en que sea la Constitución el presupuesto normativo del principio, no cabe duda que su vinculación alcanzará también de modo claro el legislador.¹¹⁹

De cualquier manera, no se puede desconocer: (a) que el principio después de la constitucionalización expresa necesita de “reglas” normativas para delimitar su ámbito de aplicación;¹²⁰ (b) que se trata de un “principio”, luego constituye una norma con un grado de abstracción relativamente elevado, necesitando de mediaciones concretizadoras (legislador, juez); los principios son, como ya se afirmó, “*standards*” jurídicamente vinculantes y radicados en “exigencias de justicia” (Dworkin) o en la “idea de derecho”

¹¹⁹ Cfr. DONINI, L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, *Critica del Diritto*, p. 110 y ss.

¹²⁰ Cfr. DONINI, L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997, *Critica del Diritto*, p. 115 y ss.

(Larenz),¹²¹ pero pueden los diversos principios del sistema entrar en una relación “conflictiva”.

En este trabajo abogamos por la idea de que el principio de ofensividad tenga una actuación amplia, incluso porque es uno de los principios fundamentales para la legitimación de la intervención penal.¹²²

Ahora bien, cuando el legislador no cumple el deber de configurar el ilícito penal en términos garantistas (respeto al principio de taxatividad, ofensividad etc.) no queda otra salida sino la intervención del intérprete y del aplicador de la ley en el sentido de no permitir la aplicación *formalista* del Derecho penal. Al contrario, debe hacer prevalecer el *nullum crimen sine iniuria* en toda su dimensión garantista y constitucional.

5. El modelo de delito como ofensa a un bien jurídico

5.1 Concepto formal de delito

Delito, *desde el punto de vista puramente conceptual o formal*, es la conducta que el legislador, con criterios no siempre revelados e incluso a veces científicamente discutibles, después de seleccionarla como tal dentro

¹²¹ Cfr. CANOTILHO (J. J. Gomes), *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1.034.

¹²² Cfr. DONINI, *Teoria del reato: una introduzione*, p. 45.

de la infinidad de tantos otros comportamientos ilícitos y describirla en una ley, impone como sanción una “pena” o una “medida de seguridad”.¹²³

En el plano puramente “formal”, por lo tanto, podría decirse que el legislador continúa con un gran margen de discrecionalidad, porque la distinción entre el ilícito penal y los demás ilícitos (civil, administrativo), o incluso entre el delito y la falta (contravención penal) no reside en cualquier concepto prejurídico de delito o inmanente al hecho, lo que eliminaría o reduciría el poder de discrecionalidad del legislador, sino exclusivamente en un criterio “nominalístico”.¹²⁴

Esto significa que quien puede criminalizar cuenta, desde una perspectiva puramente *formal*, con amplia libertad para plasmar a su manera las decisiones político-criminales. La evolución del Derecho penal y el reconocimiento de los derechos fundamentales como base del moderno Estado de Derecho, con todo, cada día vienen imponiendo restricciones a ese poder casi ilimitado de criminalización.

Ahora bien, es la “teoría general del delito” la que cuida de los componentes estructurales del hecho punible. Las dos clásicas teorías (de la ‘bipartición’ o ‘tripartición’) distinguen el hecho y la culpabilidad (parte objetiva y subjetiva) o individualizan el delito en las categorías de la

¹²³ Cfr. con relación al concepto “formal” de delito: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 12-13; MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, p. 250 y ss. Si un precepto pertenece al Derecho penal, afirma ROXIN (*Derecho penal-PG v. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 41), “no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones, sino porque esa infracción se sanciona mediante penas o medidas de seguridad”.

¹²⁴ Por ello se dice que la “definición formal de delito se preocupa en indicar lo que constituye delito en un determinado ordenamiento positivo; es delito el hecho para lo cual el ordenamiento jurídico prevé una sanción penal” (cfr. MAZZACUVA, *Le “definizioni” del reato e la struttura dell’illecito penale, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 95).

tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad¹²⁵. Una parte de la doctrina afirma, no obstante, que el delito (el injusto), desde la perspectiva *formal*, no es otra cosa sino la conducta típica y antijurídica;¹²⁶ pero la mayoría se inclina por la concepción tridimensional: conducta típica, antijurídica y culpable o atribuible.¹²⁷ Hay también los que amplían todavía más el concepto al incluir la punibilidad. En nuestra opinión, toda esa polémica doctrinal podría no tener sentido si las formulaciones parciales del fenómeno delictivo considerasen y diesen prioridad al concepto global de “hecho punible”, que es mucho más completo y amplio¹²⁸ y que reúne al mismo tiempo mejores condiciones de explicar, sea del punto de vista dogmático, sea del punto de vista didáctico y práctico, la estructura de lo que es penalmente relevante.

Por razones de garantía, certeza y seguridad, pero especialmente en virtud del principio de legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*), no cabe duda que en el área del Derecho penal, como punto de partida al menos, tenemos que apoyarnos en un concepto “formal” de delito. No

¹²⁵ Cfr. MAZZACUVA, Le “definizioni” del reato e la struttura dell’illecito penale, *Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 96 y ss.

¹²⁶ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 181, que afirma: “El delito no es sino lo injusto para el ordenamiento jurídico, su contenido está dado por la tipicidad y la antijuridicidad. La culpabilidad no es contenido del hecho ni del injusto y tampoco por tanto del delito, sino que está referida al sujeto responsable”. En Brasil: cfr. JESUS (Damásio E. de, *Direito penal-PG*, v. 1, p. 151). Conforme MIR PUIG (*Derecho penal-PG*, p. 110) en la doctrina actual van imponiéndose dos ideas fundamentales respecto a la definición del delito: 1.^a) sus dos pilares básicos son la antijuridicidad y la culpabilidad; 2.^a) la antijuridicidad significa aquí objetiva contrariedad al Derecho penal. Delito es “un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable” (ob. ult. cit., p. 112).

¹²⁷ El delito es una acción típica, antijurídica y atribuible, según MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, v. 1, p. 212. Es *antijurídica*, puesto que lesiona el ordenamiento jurídico establecido por la comunidad; es *típica*, porque el legislador penal la ha extraído del círculo del ilícito restante, la ha esbozado de forma precisa y la ha unido a una amenaza de pena; y, finalmente, es *atribuible*, debido a que, como consecuencia de la inexistencia de causales de exclusión de la responsabilidad y de la culpabilidad, el derecho positivo obliga al juez a extender al autor el juicio de desvalor jurídico que caracteriza al hecho”.

¹²⁸ De acuerdo con la sistematización más completa del delito, él nada más es que “el hecho (humano) antijurídico, culpable y punible”: así, MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 468.

obstante, eso no puede llevar a impedir la elaboración de un concepto “material”, que es el único que podrá otorgarle un mayor grado de legitimación democrática y conferir a los ciudadanos, al mismo tiempo, más libertad y seguridad jurídica. El concepto formal de delito, evidentemente, nada dice respecto a la justificación de la intervención penal, que debe buscarse en “criterios valorativos externos”, los únicos que pueden asegurar al Derecho penal una fundamentación ético-política.¹²⁹

Las *funciones* que ambos conceptos cumplen, por supuesto, no son idénticas.¹³⁰ El concepto formal permite conocer la real dimensión de la “zona penal” y por ello realiza la importante e insuperable función de “seguridad y de garantía”. Por el contrario, el concepto material permite cuestionar el *contenido* de la prohibición, es decir, lo que se puede definir como hecho posible de ser sancionado y alcanzado por la actividad punitiva estatal, de manera que constituye un relevante instrumento no sólo político-criminal (capaz o idóneo para permitir una constante discusión sobre el ámbito de lo punible, así como un amplio debate sobre la reforma de las leyes que contemplan las conductas típicas), sino también interpretativo y aplicativo de la ley. Es precisamente el concepto material de delito el que sirve de conductor entre la criminología, la política-criminal y la dogmática jurídico-penal, porque permite cuestionar la legitimidad de la ley

¹²⁹ Así, FERRAJOLI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p.459-460.

¹³⁰ Véase MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, v. 1, p. 213.

existente¹³¹ así como las propias decisiones político-criminales del legislador.

5.2 Conceptos “*materiales*”

Es ya bastante densa y, por lo tanto, nada desdeñable la cantidad de investigaciones, opiniones u orientaciones que, desde premisas culturales e ideológicas bien distintas, han buscado delinear un concepto “material” de delito, preexistente al momento de la conminación de la sanción penal. En primer lugar, manifestó una nítida preocupación en identificar una calidad intrínseca común en el comportamiento delictivo la doctrina *criminológica*; pero eso nunca le ha impedido a la dogmática *penal* alcanzar la meta de dotar el concepto de delito de un contenido “material”.

5.2.1 Los conceptos *criminológicos*

Indudablemente, es comprensible el hecho de que la criminología haya buscado –a pesar de no haberlo logrado– acuñar una conceptualización

¹³¹ Pues, como decía BECCARIA, *De los delitos y de las penas con el comentario de Voltaire*, p. 115. “La mayor parte de la leyes no son más que privilegios, esto es, un tributo que pagan todos para la comodidad de algunos”.

autónoma del fenómeno delictivo precisamente porque constituye uno de sus objetos de investigación científica.¹³²

Con la finalidad de superar el concepto “formal” de delito y sustituirlo por otro que cuente con una supuesta validez universal, Garófalo, como uno de los máximos representantes del *positivismo criminológico*, concibió el concepto de *delito natural*, entendido como la lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos de piedad (respeto de valores de personalidad ajenos) y probidad (respeto de los demás bienes de los terceros), desde que se ofenda tales sentimientos en la parte más común, a la que se considera patrimonio moral indispensable de cualquier individuo en la comunidad moral.

Pero luego su concepto fue relativizado, especialmente por Ferri. La verdad es que en el concepto de delito natural viene plasmada una formulación muy genérica, abandonada justamente por su imprecisión y vaguedad.¹³³

Desde la perspectiva *sociológica*, el delito pasó a ser comprendido, según otra formulación vacía, como una *conducta discrepante o desviada*, es decir, la que se destaca de los modelos del comportamiento reconocidos y que no atiende a las expectativas sociales. Sin embargo, y como se puede notar fácilmente, se trata de un concepto relativo, circunstancial y que no es

¹³² Consúltese sobre el “objeto” de la criminología, por todos, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, p. 73 y ss.

¹³³ Sobre el concepto de “delito natural” y las críticas que él permite, véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. *Tratado de criminología*, p. 85-86.

suficiente para suplantar el formalismo y objetivismo del concepto “formal”.¹³⁴

Ya en lo que se refiere al concepto *definitorio* de delito resultante de las orientaciones interaccionistas (“labeling approach”)¹³⁵ que le niegan cualquier base ontológica para luego sostener que es simplemente un producto de la actuación de los órganos de control social (una “etiqueta”), aunque hayan denunciado con gran éxito y precisión la injusticia y la selectividad del sistema punitivo, tampoco puede subscribirse porque hace que el concepto de delito dependa justamente de los que están encargados de controlarlo.

La criminología puede y debe indudablemente contribuir a la construcción de un modelo político-criminal que represente con fidelidad los valores del Estado de Derecho de los derechos fundamentales, pero ciertamente no está en condiciones de ofrecer un contenido conceptual sin ningún carácter valorativo, que elimine la posibilidad de que el legislador realice la tarea de seleccionar las conductas penalmente relevantes.¹³⁶ Los juicios de merecimiento y necesidad de pena¹³⁷ (Sax) siguen, en consecuencia, bajo la responsabilidad exclusiva del legislador, que es quien mantiene el poder de decisión con carácter vinculante general (Lüderssen).

¹³⁴ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 86 y ss.

¹³⁵ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho penal: introducción*, p. 15-16.

¹³⁶ Es incluso muy discutible si la Criminología tiene la pretensión de efectivamente limitar el desarrollo del concepto “material” de delito, puesto que, si es verdad que ella toma el concepto jurídico-penal de delito como punto de partida, no menos cierto es que “no opera sólo y exclusivamente con éste, ni se somete siempre, y sin más, a las definiciones formales del Código Penal” (véase GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de criminología*, p. 91 y ss).

¹³⁷ Cfr. sobre los conceptos de merecimiento y necesidad de pena BIANCHINI, Alice, *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*, p. 92 y ss.

5.2.2 Los conceptos penales: de la ecuación “delito = pecado” a las concepciones funcionales del delito

Los más destacados conceptos “*materiales*” que provienen de la doctrina penalista son: a) el que contempla el delito como una *violación a un derecho subjetivo*; b) los que buscan una coincidencia entre normas penales y normas ético-sociales – el delito sería una *violación a las normas ético-sociales*; c) el que defiende una formulación desde una perspectiva “funcionalista” (el delito es una *disfunción social*)¹³⁸ y d) el que tiene como base la *dañosidad social*.

Aunque sea breve y parcial la aproximación que haremos de la evolución histórica del concepto de delito, hubo una época en que se identificaban los conceptos de *pecado* (el delito como desobediencia divina) y de delito.¹³⁹ Fue la obra de los *iusnaturalistas* y, después, sobre todo, del Iluminismo lo que consolidó la separación (*secularización*) entre pecado y delito.¹⁴⁰

Del primado de lo *subjetivo* se pasa al primado de lo *objetivo*. Del Estado *teocrático* se llega al modelo de Estado *laico y liberal*, fundado en valores

¹³⁸ En lo que sigue al respecto de las diversas definiciones “materiales” (sustanciales) de delito, véase MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 276 y ss.

¹³⁹ HOBBS, en el inicio del capítulo XXVII de su *Leviathán*, realizaba la siguiente afirmación en 1651: “Cada delito es un pecado, pero cada pecado no es un delito. La intención de robar o matar es un pecado, incluso si no se exterioriza en una palabra o en un hecho: pues Dios, que contempla los pensamientos del hombre, puede imputar tal intención: pero en la medida que tal intención no se manifiesta mediante una acción o una exteriorización, conforme a la cual pueda ser enjuiciado por un juez humano, carece del carácter de un delito” (cfr. la referencia en FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 100). Los pecados que no ocasionan ningún daño, es decir, que no son delitos, pertenecen, según opinión de HOMMEL, al púlpito, pero no al Juez (cfr. la citación en RUDOLPHI, *Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico*, NPP, 1975, p. 334).

¹⁴⁰ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 290 y ss.; PRADO (Luiz Regis), *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 26.

hasta hoy vigentes e importantes, tales como la tolerancia, la libertad de religión y la inviolabilidad de conciencia.

Con la separación histórica entre religión y Estado, el Derecho penal sólo se justifica para la defensa del *orden externo*, no para el perfeccionamiento *interno* de las personas. El Derecho no está destinado a sancionar las intenciones, sino las *lesiones* a los intereses protegidos legalmente. El delito, en consecuencia, no es una violación moral, sino una violación jurídica (de un derecho).

El Derecho penal, por otro lado, sólo se justifica para proteger bienes jurídicos “*contra ofensa de terceros*”. Proviene de la tradición ilustrada y de la separación entre derecho y moral el fundamento de que una prohibición sólo se justifica contra las acciones reprobables en razón de “sus efectos lesivos a terceros”. En Beccaria¹⁴¹ encontramos varias referencias al criterio de la ofensividad como fundamento de la intervención penal: “*El fin, pues [de la pena], no es otro sino impedir que el reo cause nuevos daños a sus ciudadanos*”; “*Quien declara por infames acciones de suyo indiferentes disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales*”; “*Prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos*”.

Clásica es la posición de John Stuart Mill¹⁴² en el sentido de que “*la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que*

¹⁴¹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas con el comentario de Voltaire*, p. 51, 73 y 115, respectivamente.

¹⁴² STUART MILL, *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, p. 65.

perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente”.

Las acciones que no afectan a los derechos de nadie no pueden caer dentro de la esfera penal. Es una idea que también Hommel¹⁴³ formuló *in verbis*: “Pero el jurista y político que piensa por sí mismo no debe dejarse inducir, por prácticas morales y palabras que aturden, al error de buscar la magnitud del delito en algo que no sea única y exclusivamente el daño que del mismo resulta para la sociedad... Nuestra regla es la siguiente: cuanto más triste es el resultado que un hecho causa a la república, tanto más punible es el hecho. Pero si no produce ningún resultado nocivo en la república, es indiferente o, al menos, no es objeto de las leyes penales civiles. O expresado aún con mayor precisión: Delito o injusto es sólo aquello con lo que privo directa e inmediatamente de algo al prójimo individual o... a las repúblicas”.

Así, entre los siglos XVIII y XIX, bajo la influencia de la filosofía iluminista, nace la formulación del delito como *violación a un derecho subjetivo*.¹⁴⁴ La esencia del delito es la violación de un derecho protegido penalmente por la ley. Es una acción que ataca un derecho de otra persona. Según la doctrina de Feuerbach:¹⁴⁵ *“Toda vez que el crimen es una injuria contenida en una ley penal, toda acción, para ser juzgada como crimen,*

¹⁴³ HOMMEL, apud ROXIN, Franz von Liszt y la concepción político-criminal del Proyecto Alternativo, *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 46.

¹⁴⁴ Cfr. PRADO (Luiz Regis), *Bem jurídico-penal e constituição*, p. 27. Véase aún: VALENTI, Principi di materialità e offensività, *Introduzione al sistema penale*, AA.VV, 1997, p. 241; RUDOLPHI, Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico, *NPP*, 1975, p. 333.

¹⁴⁵ FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, p. 70.

debe presuponer: 1 – la capacidad de ser exteriormente reconocible, puesto que sólo una acción externa puede lesionar un derecho (...)”.

El delito entendido como *violación del orden ético*, a su vez, se manifiesta en varias direcciones: como “violación del mínimo ético” (Manzini) o “de las normas de civilidad” (Mayer) o aún como “un comportamiento inmoral y socialmente contrario a la ética” (Welzel); y también se formuló, en su día, una propuesta de cuño *iusnaturalista* en el sentido de que los delitos se dividirían en dos grupos contrapuestos: *prohibita quia mala* (delitos en conflicto con las normas ético-sociales, *mala in se*) y *mala quia prohibita* (delitos de mera creación política, artificial).¹⁴⁶

Otra corriente doctrinal más reciente, precisamente porque le atribuye al Derecho penal la función de “estabilización de la sociedad”, individualiza el fenómeno delictivo como una *disfunción social*, que impide el desarrollo de la sociedad. Un sector de ese funcionalismo, el más “radical”, defiende la idea según la cual el Derecho penal protege exclusivamente la vigencia de las normas, y que dañoso socialmente no es el hecho que ofende el bien jurídico sino el que contraría la validez de la norma.¹⁴⁷

Todas las nociones “materiales” de delito enfocadas, aunque mantenidas por corrientes de diversas tendencias sociológicas, ideológicas o penales, no han cumplido la tarea de dotar de un contenido esencial o sustancial la definición del hecho penalmente relevante.

¹⁴⁶ Cfr. referencias en MARINUCCI y DOLCI, *Corso de Diritto penale*, p. 276 y ss.

¹⁴⁷ Sobre esa posición de JAKOBS véase las críticas de POVEDA PERDOMO, *Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma*, *Actualidad Penal*, 1998, p. 413 y ss.

En cuanto a los que pretendían contemplar el delito desde el aspecto ético y social hay que resaltar que no todos los comportamientos inmorales son delitos, al contrario, el Derecho penal también se ocupa de conductas moralmente neutras. Por otro lado, en las sociedades modernas, no es raro que una conducta que todavía no es repugnante al sentimiento general sea enormemente ofensiva a los intereses y valores más elementales de la persona (especialmente en el ámbito de la criminalidad económico-financiera, ambiental, informática etc.). A su vez, olvida la doctrina funcionalista que en la sociedad conviven varios agrupamientos normativos y, además, casi nunca el Derecho penal es representativo de todos ellos, sino de la parte políticamente más influyente.¹⁴⁸ Tampoco se puede concebir el delito, en la actualidad, como una ofensa a un *derecho subjetivo*. Es el bien jurídico (“auténtico”) el que puede ser lesionado o puesto en peligro, no el “derecho”.

Para otras corrientes sociológicas, el concepto material de delito podría fundarse en la *dañosidad social*. Socialmente dañosas “son aquellas conductas que eliminan o afectan de modo inaceptable la capacidad de mantener la estabilidad y funcionalidad de la vida social”.¹⁴⁹ El concepto de “dañosidad social insoportable” mereció objeción y críticas, hasta hoy no refutadas convincentemente, porque no permitiría con precisión revelar el contenido de lo que se pretende expresar (Schneider).

¹⁴⁸ Cfr. sobre la teoría de las subculturas criminales BARATTA, *Criminologia critica e critica do Direito penal*, p. 69 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, v. 1, p. 213.

Y dicha crítica es acertada, afirman Maurach/Zipf,¹⁵⁰ porque estamos ante un concepto que puede no ser manejable como se pretendería. Sin embargo, de acuerdo con los mismos autores, “no pasa por ello a ser una fórmula vacía, sino un concepto que requiere y permite mayor concreción, siendo la elaboración de sus diversos elementos una de las principales tareas de la política criminal”. Ese proceso de concreción de la fórmula “*dañosidad o nocividad social*” requeriría: a) una cooperación de la criminología, que debe encargarse de investigaciones empíricas relativas a la dañosidad de cada conducta que se pretende criminalizar (ampliación de la zona penal) o incluso de las ya tipificadas (revisión de la zona penal); b) la definición de qué bienes jurídicos merecen protección penal.¹⁵¹ No serían tareas exclusivas, sino complementarias.

5.3 El delito como ofensa a un bien jurídico y su dimensión constitucional

De todas las concepciones materiales desarrolladas, la que encuentra mayor resonancia constitucional y afinidad con el tipo de Estado democráticamente consagrado es la que considera el delito como *una ofensa (intolerable) a un bien jurídico*.¹⁵²

¹⁵⁰ MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, v. 1, p. 214.

¹⁵¹ Véase MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, v. 1, p. 214 y ss.

¹⁵² Según una proposición de “no intervención moderada”, el Derecho penal debe intervenir lo menos posible y del concepto material de delito deben ser eliminadas las conductas que no causen lesión o peligro de lesión a un bien jurídico (cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 82).

Porque es imposible, según el clásico pensamiento de Arturo Rocco,¹⁵³ “concebir una norma jurídica y una obligación jurídica que no sirven a la tutela de un interés o de un bien de la vida, individual o supraindividual, y, en consecuencia, una violación de una norma jurídica y de una obligación jurídica que no se reconduce a una lesión o al menos a la amenaza de un interés o de un bien jurídico, es decir, a un daño o a un peligro de daño en sentido jurídico (...); el deber jurídico es el medio que utiliza el Estado para tutelar de manera preventiva un bien o interés humano, individual o social, contra las manifestaciones de voluntades, es decir, acciones u omisiones humanas, dañosas o peligrosas al bien o interés”.

La más consagrada formulación del delito como ofensa a un bien jurídico, en las últimas décadas, proviene de la llamada “*concepción realista del delito*”, que afirma ser la *idoneidad de la conducta* un requisito general del hecho punible, que opera sobre el plano del contenido ofensivo o antijurídico del hecho.

La idoneidad, conforme Neppi Madona,¹⁵⁴ “no es un requisito más de la acción penalmente relevante, sino un juicio global formulado respecto a la ofensividad de un hecho, del mismo contenido antijurídico de la figura delictiva”.

Con base, así, en el artículo 49.2 del CPI, se postula que la mera subsunción del hecho en la descripción típica no es suficiente para fundamentar la incriminación. Para la existencia de un delito no basta la mera desobediencia de los “enunciados verbales”, sino una violación

¹⁵³ ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 147.

¹⁵⁴ Cfr. NEPPI MADONA, *I concetti di idoneità degli atti e idoneità dell'azione: struttura e acceramento*, citado por GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 157.

efectiva del bien protegido. No basta el desvalor de la acción, siendo también indispensable el desvalor del resultado.¹⁵⁵

El delito, por lo tanto, no puede ser únicamente una acción u omisión dolosa o imprudente e ilícita. Según la perspectiva del Derecho penal de la ofensividad, la acción u omisión penalmente relevante es únicamente la que causa un daño o un peligro cierto al bien jurídico. El delito no se fundamenta, en consecuencia, exclusivamente en la *acción*, sino sobre todo en el *resultado* (en sentido jurídico). Y si la acción lesiva (concretamente ofensiva) es la base del delito, no hay duda que no puede constituirlo jamás la simple manifestación de una voluntad contraria a una obligación jurídica, que se agota en la acción.¹⁵⁶ Para la existencia del delito, además de la acción, es necesario un efecto, un resultado jurídico, una perturbación a la libertad ajena.¹⁵⁷

Pero inmediatamente cabría preguntar: a diferencia de los demás, *¿estaría este concepto en condiciones de cumplir la tarea de limitar al legislador, al intérprete y al aplicador de la ley? ¿Sería un concepto garantizador?*

¹⁵⁵ Después del planteamiento de la referida concepción realista por GALLO (cfr. referencias in GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 47), numerosos autores siguen la misma línea en el sentido de considerar el delito como un hecho humano ofensivo al interés protegido (cfr. referencias in PALLADINO, Principio de offensività: verso un'estensione della sua portata?, *Cassazione Penale*, 1999, p. 3.212 y ss., que apunta como seguidores de la doctrina MARINI, BRICOLA, VASSALLI, FIORE etc.).

¹⁵⁶ En este trabajo es adoptada, en suma, una concepción liberal de Derecho penal, que acentúa el aspecto objetivo de la lesión o peligro de lesión al bien jurídico, dejando de conferir primacía al componente subjetivo de la actividad humana. No obstante, cierto es que existen concepciones eclécticas que admiten el delito como lesión o peligro al bien jurídico y al mismo tiempo la violación de una obligación. Y sería el punto de encuentro y de justo equilibrio entre dos concepciones: liberal y ético-social (cfr. ROMANO, *Comentario sistematico del codice penale*, v. I, p. 284).

¹⁵⁷ Cfr. *infra* Cap. V, n. 1.

En el plano *formal*, desde luego, la contestación es positiva.¹⁵⁸ También desde la perspectiva político-criminal y dogmática,¹⁵⁹ como veremos, es el concepto que reúne las mejores posibilidades y condiciones de operatividad y efectividad. Pero para alcanzar ese *desideratum* no hay duda que es preciso *fundamentar y materializar* jurídico-constitucionalmente la exigencia de la *ofensividad*, que está destinada a cumplir importantes papeles en el sistema jurídico-penal, por representar un límite más tanto al *ius puniendi* como al *ius poenale*, y a la cual quedarían vinculados al mismo tiempo tanto el legislador como el intérprete y el aplicador de la ley.

Ahora bien, afirmar que el delito es una “ofensa a un bien jurídico” y que el “principio de ofensividad” cuenta con asiento constitucional (al menos implícito) significa revelar algo ya indiscutiblemente relevante, pero, en términos reales, puede representar muy poco. Porque el legislador podría incluso, desde el punto de vista formal, atender a la “liberal” concepción del delito así como del principio de ofensividad, pero, “sustancialmente”, no sujetarse a ninguna limitación en cuanto al *bien jurídico* que debe ser seleccionado para la protección.

Un delito que describiera, *ad exemplum*, “causar daños socialmente relevantes al orden público”, en el plano formal (sea en lo que se relaciona con el principio de legalidad –*nullum crimen sine lege*–, sea en lo que concierne a la configuración legal del principio de ofensividad –*nulla lex sine iniuria*–, que no tiene en ese sentido otro carácter que no sea “formal”, justamente porque dice respecto a la “forma” o “modo” de plasmación del

¹⁵⁸ Cfr. DOLCINI y MARINUCCI, *Costituzione e politica dei beni giuridico*, RIDPP, 1994, p. 333 y ss.

¹⁵⁹ El modelo de delito como ofensa a un bien jurídico cuenta con fuerza vinculante de un principio constitucional, que se impone sea al legislador, sea al intérprete (cfr. MAZZACUVA, *Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 87).

delito), podría cumplir las exigencias estrictamente *formales* relacionadas tanto con el concepto de delito como con el principio de ofensividad.

Por ello, trabajar en el sentido de “materializar” el concepto de bien jurídico es una obligación de la doctrina que se preocupa con el *ius libertatis* frente al *ius puniendi* estatal. Con toda seguridad, siempre será bienvenida toda labor en el sentido de consagrar nuevos o ampliar los ya reconocidos límites materiales de la más importante actividad estatal en el campo sancionador, justamente porque en él está ubicado el clásico y polarizado conflicto entre el *ius libertatis* y el *ius puniendi*, es decir, las relaciones entre el individuo y el Estado.

La exigencia de *concreción* de la ofensividad empieza, por consiguiente, por la necesidad impostergable de “materializar” el concepto de bien jurídico. Si la infecundidad político-criminal de los conceptos “materiales” de delito hasta aquí analizados es patente e indiscutible, ello se debe fundamentalmente a que son conceptos que se corresponden a las diversas fases “formalistas” (“no garantizadoras”) de la evolución del concepto de bien jurídico.

Mientras no se le asegure a la categoría del bien jurídico un contenido “material” vinculante, los conceptos de delito correspondientes e incluso el propio principio de ofensividad ciertamente no podrán cumplir plenamente el papel de garantía que se le atribuye. La teoría del bien jurídico, en ese contexto, cobra una importancia capital porque pasa a constituir uno de los núcleos esenciales del sistema penal, con múltiples funciones por cumplir (tanto político-criminales como dogmáticas, tanto frente al legislador como frente al intérprete y aplicador de la norma).

De cualquier manera, en la medida en que el bien jurídico plasma la expresión de una libertad (relación social), ya no es un límite resultante exclusivamente de exigencias doctrinales, sino sobre todo de la propia *Constitución* y de los *derechos fundamentales*. Más allá de recuperar las viejas y buenas ideas y orientaciones iluministas, con todas sus garantías,¹⁶⁰ lo fundamental consiste en establecer una estrecha relación entre la función criminalizadora estatal y el modelo de Estado adoptado, es decir, entre Derecho penal y Constitución.¹⁶¹ Esta es precisamente la línea que sigue nuestro trabajo, incluso en la cuestión del concepto de bien jurídico y del delito.

En un Estado Constitucional que se define, en efecto, como *democrático* (en el sentido de que el pueblo es quien ostenta la máxima soberanía, y no el legislador, que debe partir del reconocimiento de la autonomía del hombre, lo cual es libre para orientar su propio destino) y de *derecho* (lo que significa que el Estado mismo no puede hacer nada fuera de los límites fijados por el propio derecho),¹⁶² y que tiene en los *derechos fundamentales* su eje principal, sólo resulta legitimada la tarea de criminalización primaria —que no comporta otro sentido a no ser la actividad de selección y

¹⁶⁰ Véase FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 15 y ss.; HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, p. 15 y ss. En el sentido de que es imposible una vuelta al viejo y buen Derecho penal liberal cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, p. 115, que afirma: “el Derecho Penal liberal que ciertos autores pretenden reconstruir ahora en realidad nunca existió como tal”.

¹⁶¹ Cfr. BRICOLA, *Teoría generale del reato, Scritti di Diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*, 1997, p. 541 y ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 44 y ss. “La legitimidad del Derecho penal o del poder punitivo del Estado proviene, pues, del modelo fijado en la Constitución y de los Pactos y Tratados internacionales... y junto a esta legitimación extrínseca del Derecho penal, hay también una legitimación intrínseca, representada por una serie de principios...” (cfr. MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal-PG*, p. 77). Ya en los años setenta MIR PUIG enmarcaba el debate dogmático en los límites de la Constitución: cfr. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, *passim*.

¹⁶² Así, FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, p. 19.

tipificación del hecho punible— cuando recae, según una concepción que creemos más conforme al actual momento de desarrollo del tema, sobre las *conductas o ataques efectivamente ofensivos a un bien jurídico*, y asimismo no todos los ataques, sino únicamente los más graves (fragmentariedad), es decir, *cuando afecten de modo intolerable a un “auténtico” bien jurídico* y causen o puedan causar, en virtud de su frecuencia, repercusiones visibles en la convivencia social. Por ello se puede concluir que la afección concreta (lesión o peligro) del bien jurídico es una condición *sine qua non* del *ius poenale* del *ius libertatis* o, si se quiere, su indeclinable *ratio essendi*.

El concepto de delito como ofensa a un bien jurídico, en consecuencia de lo expuesto, tiene que ser proclamado como un *concepto con dimensión constitucional*, a pesar de la ausencia de un texto normativo explícito *ad hoc*. Las razones para ello son diversas.¹⁶³ De ahí la idea de un “*concepto constitucional de delito*”, que ha sido defendido en España por Vives Antón.¹⁶⁴

Procede subrayar, no obstante, que las disposiciones constitucionales cuando aseguraran al legislador el derecho de regular el *ius puniendi*¹⁶⁵ nada indican de modo expreso e inequívoco respecto al *contenido de la*

¹⁶³ Cfr., por ejemplo, la fundamentación constitucional presentada por la doctrina italiana (véase supra en éste Cap. IV, n. 4) para fundamentar la constitucionalización del principio de ofensividad.

¹⁶⁴ Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 20 y ss. En 1977 al mismo tiempo en que concebía el “concepto constitucional de delito” el autor firmaba el acta de defunción del imperativismo por considerarlo incompatible con la ‘referencia valorativa de la Constitución’ (cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 44).

¹⁶⁵ En cuanto al Derecho español cfr. art. 25 CE; Alemania, art. 74, n. 1, GG; Brasil: CF, art. 22, I y 5.º, inc. XXXIX; Italia: art. 25. 2.

conducta punible, que es el núcleo del concepto material de delito. Por consiguiente, el papel de límite “*material*” no se cumple sólo con el principio de legalidad si se concibe que el legislador ordinario no cuenta con ninguna restricción conceptual vinculante en lo que se refiere al delito y la pena.

La función garantizadora o de seguridad del referido principio se reduce a prácticamente nada o se aniquila cuando se autoriza catalogar como delito cualquier tipo de conducta o incluso de pena, “si se le concediera al legislador ordinario, de modo absoluto, la posibilidad de determinar positiva y negativamente uno y otro concepto [porque entonces él] podría disponer, verbigracia, que ‘es delito toda conducta antisocial’, o que ‘la privación de la vida por disposición gubernativa no es pena’”.¹⁶⁶

La fundamentación constitucional del concepto de delito entendido como *ofensa –lesión o peligro concreto de lesión– a un bien jurídico*, en consecuencia, más allá de la primera constatación de que la *legalidad* del delito no puede jamás significar una actividad vacía o arbitraria, cuenta con otras dimensiones. El referido concepto está íntimamente vinculado a la misión (función) del Derecho penal¹⁶⁷ o de la pena,¹⁶⁸ que otra no puede ser sino la de *protección de bienes jurídicos* considerados vitales y que permita a la persona desarrollar una pacífica convivencia en sociedad. El *ius puniendi* se ejerce, como se admite, no sólo para alcanzar algunos objetivos (retribución, prevención, resocialización, conforme a la decisión de cada

¹⁶⁶ Así, VIVES ANTÓN, *Estado de Derecho y Derecho penal, Comentarios a la legislación penal*, p. 20.

¹⁶⁷ Así ROXIN, *Derecho penal-PG*, v. 1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 51.

¹⁶⁸ Cfr. MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, v. 1, p. 212.

comunidad política y cada momento histórico) sino también de modo limitado, es decir, con trabas formales y materiales. Es muy conocida e históricamente irrefutable la “vocación autoritaria” del Estado (Leviathan).¹⁶⁹

Ahora bien, especialmente por su posición jerárquica elevada, es precisamente la *Constitución* la que plasma, de modo primordial, en sus principios, valores y normas, directa o indirectamente, tanto los *objetivos* del Derecho penal como sus principales *límites*.¹⁷⁰ Si la consecuencia del delito implica siempre la afección de un bien jurídico fundamental (libertad, patrimonio etc.), justo es admitir que su incidencia, para no ser arbitraria y desproporcionada, sólo se justifica cuando otro derecho de relevancia también esencial haya sido afectado.

Cabe deducir de las consideraciones anteriores que la finalidad de la norma penal no puede tener otro sentido a no ser la tutela de un bien jurídico y que ese bien no entre en conflicto con la Constitución. Y si la finalidad del Derecho penal se reconduce a la tutela, aunque fragmentaria y subsidiaria, de bienes jurídicos, parece natural admitir que sus nefastas consecuencias únicamente pueden incidir si el delito se concibe como expresión de una *ofensa –lesión o peligro de lesión– a uno de los bienes protegidos (proporcionalidad)*.

¹⁶⁹ “No obstante, el príncipe debe hacerse temer de manera que, si no consigue el amor del pueblo, por lo menos evite su odio” (cfr. MAQUIAVELO, *El príncipe*, p. 116); “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él” (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, Livro Décimo Primeiro, p. 163).

¹⁷⁰ Sobre la posición de la Constitución como parámetro de la validez del contenido de todas las normas del ordenamiento jurídico cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 122 y ss.

Esa ofensa, además, debe revelar el carácter de la *trascendentalidad*. Cabe considerar, para llegar a tal conclusión, el sentido de la declaración que aparece en prácticamente todas las modernas constituciones que aseguran la *inviolabilidad de los derechos fundamentales*.¹⁷¹

Eso significa, *prima facie*, “que tales derechos no pueden verse disminuidos ni menoscabados en su contenido por la legislación ordinaria; que el legislador ordinario no puede imponerles condiciones, que no se hallan sometidos a otra traba a no ser la representada por el reconocimiento de los mismos derechos en otras personas”.¹⁷² La declaración de inviolabilidad, por lo tanto, no quiere decir que se asegura “materialmente” la intangibilidad del derecho, y por lo tanto que no sea susceptible de ataque. No cuenta con otro significado que el de representar un claro límite a la actividad legislativa ordinaria. El campo de los derechos fundamentales está amparado directamente por la Constitución. Cualquier restricción debe basarse no sólo en una autorización para ello, sino especialmente en justificaciones razonables y proporcionadas.

De todo lo expuesto podemos inferir qué estrecha es la relación entre Derecho penal y Constitución. Aquél, en resumen, nada más es (o al menos debería ser) que el natural campo normativo de plasmación de los principios, valores y normas constitucionales.¹⁷³ Y eso se confirma especialmente por su origen común: “la ciencia del Derecho penal y el

¹⁷¹ Cfr. CE, art. 10.1; CI, art. 13. En cuanto a la brasileña: art. 5.º, caput.

¹⁷² Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 11. Véase aun: SPASARI, Fatto e reato nella dommatica del codice e della costituzione, *RIDPP*, 1991, p. 1.124 y ss.

¹⁷³ Sobre los valores constitucionales y su influencia en el concepto de delito véase CARVALHO (Márcia Domitila Lima de, *Fundamentação constitucional do Direito penal. Crimes econômico. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Legalidade, culpabilidade e justiça social*, p. 41 y ss.); GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el estado democrático*, p. 45.

constitucionalismo moderno son prácticamente coetáneos: ambos nacieron al abrigo de las ideas políticas de la Ilustración, en el empeño de señalar los límites del poder del Estado. Y esto no es casual, pues al Derecho penal incumbe regular el instrumento más temible de ese poder, su último recurso: la pena”.¹⁷⁴

Es natural que un concepto material (constitucional) de delito como el propuesto, precisamente porque puede ocupar una posición destacada en el sistema jurídico-penal, tiende a producir implicaciones diversas:

a) en cuanto al *principio de fragmentariedad*, por ejemplo: se sabe que para la criminalización de un hecho es fundamental tanto el *grado de relevancia del bien jurídico*, por su valor para el desarrollo de la personalidad de la persona, como el *grado de su afección*. El nivel de la ofensa, por lo tanto, está orientado a jugar un papel político-criminal sumamente relevante. El *merecimiento* de la tutela penal depende fundamentalmente de esos factores. Es justamente en la relación entre la graduación de la afección al bien jurídico y su valor donde reside la esencia del *principio de fragmentariedad*, según lo cual se permite indicar el nivel que se cree más adecuado de tutela (penal o no penal, total o parcial, delito de daño o de peligro, punición de la tentativa o no, plasmación de la modalidad imprudente etc.).

b) hay que poner en relieve, por otro lado, que un concepto material como el diseñado no sólo reúne capacidad de comprender la ofensa (lesión o peligro) como presupuesto indispensable de la punibilidad, sino que además obliga a excluir del Derecho penal las *incriminaciones* de meras

¹⁷⁴ Así, VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, p. 19.

inmoralidades (especialmente en el ámbito de los delitos sexuales), de las puniciones puramente ideológicas, de las conminaciones arbitrarias etc.¹⁷⁵

Una conducta que no sea efectivamente ofensiva a un bien jurídico no puede ser considerada delito.

c) muy poco sería necesario añadir para subrayar la importancia del referido concepto para la adopción de decisiones político-criminales destinadas a *ampliar* o *restringir* el ámbito de lo punible. Pero, de cualquier manera, y subrayando la importancia de la lesividad u ofensividad de la conducta, siempre que se procede a la reforma de la parte especial de un Código Penal o que se decide criminalizar o descriminalizar un determinado comportamiento sin tener en las manos algunos resultados *empíricos* (criminológicos) con respecto al impacto real de la decisión en la sociedad, el grado de dañosidad social, el impacto en el potencial infractor, en su familia, en su grupo de trabajo, de relaciones etc., se acaba en un terreno movedizo, vacilante y meramente intuitivo.¹⁷⁶ ¿Cómo puede el legislador conminar para la infracción de una norma penal una sanción de la calidad y gravedad de la pena o de la medida de seguridad, que son las más contundentes formas de reacción estatal, si no cuenta anteriormente con suficientes datos e informaciones sobre la oportunidad, adecuabilidad o necesidad de la medida?

¹⁷⁵ Véase ROXIN, *Derecho penal, PG v. I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 52 e 56.

¹⁷⁶ Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Directrices político-criminales del código penal español: un análisis crítico, *RBCCrim* n. 19, jul-set/1997, p. 19, que señala: "Que el Derecho penal no debe disociarse de la experiencia criminológica, ni del debate político-criminal, es hoy ya un postulado pacífico en la comunidad científica, una vez concluida la histórica e infructuosa rivalidad entre el mundo de las 'togas negras' y el de las 'batas blancas'. Prescindiendo del saber científico criminológico, garantía del acierto y de rigor, las decisiones del legislador no tiene otro norte que la arbitrariedad, el puro voluntarismo, o, en el mejor de los casos, la mera intuición".

De todas las otras numerosas repercusiones que el concepto “constitucional” de delito podría ocasionar (en la política criminal, en la teoría del delito, en la teoría de la pena etc.), cuatro deben ser destacadas:

(a) la vinculación del legislador y del intérprete y aplicador de la norma al referido paradigma:¹⁷⁷ el primero no puede, teniéndose presente la necesaria ofensividad del delito, adoptar técnicas legislativas reconducibles a una mera *voluntad* del infractor o a una simple *tendencia* personal o a la pura desobediencia de una norma; nadie puede ser castigado por lo que *es* o lo que *piensa*, sino por lo que *hace* “*ofensiva e intolerantemente*”; los últimos tienen la tarea de interpretar todos los tipos penales considerando el aspecto de la ofensividad: de todos los significados posibles que se extraen de la literalidad legal se debe preferir siempre el que se ajusta al citado principio, considerándose atípicas todas las conductas no ofensivas, aunque “formalmente” adecuadas a la descripción legal;

(b) la refutación de las tendencias penales desproporcionadamente intervencionistas que buscan configurar el delito no según el modelo marcadamente garantizador que se indica, sino como una mera *violación de un deber*¹⁷⁸ o de una norma o, más grave aún, como un *simple modo de vivir o de pensar*;

(c) la incompatibilidad de las concepciones “*subjetivistas*” del Derecho penal y del delito con las modernas Constituciones. En efecto, e invocando

¹⁷⁷ En ese sentido, MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 315, que llaman la atención para la posición de la Corte Constitucional italiana que, sin enfrentar el problema de la constitucionalización del principio de ofensividad, advierte el deber del juez de examinar en cada caso concreto la lesividad (ofensividad) de la conducta (S. de 11.07.1991, n. 333).

¹⁷⁸ Véase COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 295-296, que analizaran la cuestión sobre si el delito podría ser concebido como “*infracción de un deber*” a partir del art. 20.5, CP. La conclusión es en sentido negativo, reafirmandose que el delito exige una conducta contraria al bien jurídico.

una vez más la síntesis de Marinucci/Dolcini,¹⁷⁹ “ellas acogen los clásicos principios liberales de legalidad del delito y de la pena, de la irretroactividad de la ley penal, plasmando una idea de delito no – subjetivamente– por lo que el hombre ‘es’ o ‘quiere’, sino –objetivamente– por lo que ‘hace’ (...); iluminada por la entera fisonomía del Estado diseñado en la Constitución y así mismo por los principios de legalidad e irretroactividad, la locución ‘hecho’ (del art. 25.2) revela en última instancia su tradicional significado liberal: hecho es sinónimo de ofensa a bienes jurídicos”.

De la concepción subjetivista de ilícito penal, que lo considera en última análisis como un “hecho socialmente peligroso”,¹⁸⁰ se pasa con los modernos valores constitucionales¹⁸¹ a una concepción de delito comprendido como un *hecho ofensivo típico*, que no dispensa la necesaria lesividad de la conducta;

(d) la *tipicidad penal*, por lo tanto, será siempre comprendida en un sentido *material y garantizador* y de ella forma parte, como requisito explícito o implícito, la *ofensa al bien jurídico*, sea en forma de lesión o de peligro.¹⁸²

De ese modo, se considera que el principio de ofensividad está orientado a funcionar, también y sobre todo, en el momento de la interpretación y de aplicación de la ley, como criterio hermenéutico de extraordinario valor, de

¹⁷⁹ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 314.

¹⁸⁰ Existen dos concepciones distintas que consideran el delito como “hecho socialmente peligroso”: una de carácter social y otra típica de los países socialistas. Sobre la última, llamada concepción ‘sustancialista’ del delito cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 204-205.

¹⁸¹ Precisamente la sumisión del Derecho Penal a los llamados valores constitucionales diferencia los modernos Códigos punitivos en igual medida que la configuración de los propios Estados: así GRANADOS CALERO, Los valores constitucionales en el nuevo código penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 38.

¹⁸² Cfr. LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.97, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L’Indice Penale*, 1999, p. 288.

lo cual resulta la imposibilidad de sancionar penalmente todos los comportamientos que concretamente no llegan a “perturbar” o “afectar” el bien consagrado en la norma. Para que un acto humano se considere penalmente relevante, más allá de la materialización (exteriorización) de una voluntad criminal, que es exigencia del principio del hecho, necesita de un *plus* concretamente demostrado, que es la *iniuria*.

Procede subrayar, por último, que la relevancia de la concepción *constitucional y garantizadora* del delito pasa a ser incontestable cuando se verifica en la Historia el riesgo de prescindir del concepto de bien jurídico y la correlativa ofensa, configurándolo como mera infracción a un deber.

No por casualidad el fenómeno ha sucedido, por ejemplo, en el tiempo del nacionalsocialismo. Bien ha resaltado Zaffaroni,¹⁸³ “el injusto concebido como lesión a un deber es una concepción positivista extrema, que resulta de una interrupción en el análisis, antes de llegar a la esencia de este aspecto del injusto: es la consagración irracional (responde a una concepción política irracionalista) del deber por el deber mismo. Por supuesto que siempre hay en el injusto una lesión al deber, pero se lesiona el deber (se viola la prohibición), porque con esa conducta afecta a lo que la norma tutela. Quedarnos sin averiguar el porqué y sin investigar la lesión, significa interrumpir arbitrariamente el análisis, lo cual no es posible en nuestro sistema: debemos hacerlo porque si la acción no afecta a la moral o al orden públicos ni perjudica a terceros, debe quedar impune, por expresa disposición constitucional”.

¹⁸³ ZAFFARONI, *Teoría del delito*, p. 226.

5.4 Consagración normativo-sistemática del delito como ofensa a un bien jurídico

5.4.1 Bien jurídico y Partes Especiales de los Códigos punitivos

Los Códigos Penales europeos y latinoamericanos no refutan, en líneas generales, el modelo de delito como ofensa a un bien jurídico. La sistematización de la Parte Especial, desde luego, se fundamenta en clasificaciones dadas por el legislador con base en los bienes jurídicos.

El nuevo Código Penal *español*, por ejemplo,¹⁸⁴ cuenta en su Libro II (Delitos y sus penas) con veinticuatro Títulos (Del homicidio y sus formas; Del aborto; De las lesiones; De las lesiones al feto; Delitos relativos a la manipulación genética etc.); en el Libro III (Faltas y sus penas) existen cinco Títulos (Faltas contra las personas; Faltas contra el patrimonio; Faltas contra los intereses generales; Faltas contra el orden público; Disposiciones comunes a las faltas). El Código Penal *italiano*, en su Libro II, está subdividido en trece Títulos: Delitos contra la personalidad del Estado; Delitos contra la administración pública; Delitos contra la administración de justicia, etc. La Parte Especial del Código Penal *brasileño*, a su vez, presenta once Títulos: Delitos contra la persona; Delitos contra el patrimonio; Delitos contra la propiedad inmaterial etc.

No se puede ignorar la relevancia del bien jurídico en la configuración de las Partes Especiales de los Códigos Penales. Se discute el orden de la

¹⁸⁴ Sobre la distribución cuádruple de los bienes jurídicos en la Parte Especial del CP español cfr. HERRERO HERRERO, *Introducción al nuevo código penal (PG y PE)*, p. 183 y ss.

clasificación: mientras los Códigos español y brasileño empiezan por los crímenes contra la persona, el Código Rocco se inicia con la protección del Estado. Sin perder de vista el hecho histórico de que este último se promulgó en 1930 bajo un régimen autoritario, la verdad es que, si el Estado existe para servir a la persona, lo correcto es conceder prioridad a los delitos que ofenden los bienes más importantes, de carácter personal.

En general, los Títulos contemplan el bien jurídico en su más amplio espectro (Delitos contra el Estado – CPI; Delitos contra la persona – CPB); pero también puede, desde luego, señalar un bien jurídico más específico (Del homicidio y sus formas – CPE). En los Capítulos y en las secciones contamos con ulteriores especificaciones del bien jurídico. Ahora bien, no son indicaciones vinculantes al intérprete ni tampoco individualizan, en general, el concreto bien protegido. De cualquier modo, no se puede dejar de reconocer que la clasificación y las indicaciones del legislador constituyen un dato elemental para descubrir el singular bien jurídico tutelado en cada norma penal.

La importancia del bien jurídico produce consecuencias tanto en la definición de la forma de ofensa (lesión o peligro) y de la conducta (dolosa o negligente) como en el nivel de la tutela. Con relación a bienes jurídicos menos relevantes (patrimonio, por ejemplo) más fuerte es la presencia de la fragmentariedad, pues tan sólo una parte del patrimonio constituye objeto de protección penal. No pasa lo mismo con relación al bien jurídico vida, al que el legislador concede una amplia protección.

En lo concerniente a la tipología, existen bienes jurídicos individuales, es decir, bienes en que una persona singular es el titular (vida, honor, integridad física etc.), y bienes jurídicos supraindividuales, que se

subdividen en generales o universales o institucionales (bienes jurídicos que pertenecen al Estado o a la sociedad) y “difusos” (bienes referentes a una determinada o más o menos determinable colectividad).

Se puede singularizar una categoría de bienes dentro de los difusos que se llaman “instrumentales” (son bienes colectivos que sirven para asegurar en una fase anticipada la tutela de bienes particulares: salud pública,¹⁸⁵ medio ambiente,¹⁸⁶ seguridad vial etc.).

Una de las tareas más relevantes del intérprete, sea con relación a los bienes particulares sea especialmente en lo que concierne a los supraindividuales, consiste en individualizar concretamente el bien jurídico en cada norma penal, sin olvidar de tener en cuenta, en toda su dimensión, la relación social conflictiva en torno del bien. La vida, en el caso de homicidio, por ejemplo, no está protegida del mismo modo en el infanticidio que en el aborto. A todo ello el intérprete debe estar atento.

5.4.2 La ofensividad del delito en la terminología de los Códigos Penales

El bien jurídico, como vimos, constituye la base sobre la cual los Códigos están *sistemáticamente* estructurados. Pero también del lenguaje de los Códigos Penales (Partes General y Especial) se puede inferir la adopción del modelo de delito como una ofensa a un bien jurídico. De lo expuesto en

¹⁸⁵ Cfr. ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 95 y ss. (especialmente p. 132 y ss.).

¹⁸⁶ Cuanto a las técnicas de la tutela penal ambiental cfr. PALAZZO, *Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia*, *Revista Penal*, 1999, p. 77 y ss.

el Capítulo Primero se desprende la idea de que los auténticos bienes jurídicos no sólo son determinables (*Greiflichkeit*), es decir, susceptibles de ofensa, como además permiten individualizar las diversas formas de ofensividad (graduación del ataque), desde la más intensa (lesión) a las menos intensas (puesta en peligro del bien jurídico).

En el Código Penal italiano, por ejemplo,¹⁸⁷ los artículos 40, 43 y 49 hacen expresa referencia al “resultado –evento– dañoso o peligroso”, del cual depende la existencia del delito – art. 40; en el artículo 133 para evaluar la “gravedad del delito” el juez tiene en cuenta “la gravedad del daño o del peligro causado a la persona ofendida por el delito”; diversos artículos mencionan la “persona ofendida” o “persona ofendida por el delito” (60, 62, 120, 121, 126 y 130); a la “ofensa causada” se refiere el art. 82; en la parte especial se distinguen los delitos imprudentes de daño de los de peligro (arts. 449 y 450); diversas disposiciones mencionan el peligro expresamente (arts. 244, 267, 423, 431 etc.).

El Código Penal español, a su vez, se refiere al “mal causado por la infracción” (art. 4, 3), a la “producción de un resultado” (art. 11), “lesión que menoscabe su integridad corporal” (art. 147), a los “elementos radioactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas” (art. 341), etc. En cuanto al Código Penal brasileño, por último, tenemos: “el resultado del cual depende la existencia del delito” (art. 13); “la superveniencia de causa relativamente independiente excluye la imputación cuando, por si sola, ha producido el resultado” (art. 13, § 1.º); el delito es doloso cuando el sujeto quiere el resultado (art. 18, I); culposo cuando ha dado causa al resultado... (art. 18, II); “resultado diverso del pretendido”

¹⁸⁷ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 382-384.

(art. 74); “peligro de vida” (art. 129, § 1.º, II); “exponer la vida o la salud a peligro” (art. 132) etc.

Capítulo V

DE LOS LÍMITES DE LA ANTICIPACIÓN DE LA TUTELA PENAL (= DE LA “VORFELDKRIMINALISIERUNG”) SEGÚN LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD

SUMARIO: 1. La preeminencia del desvalor del resultado –lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico– en la fundamentación del injusto penal y en la configuración del objeto de referencia de la *Vorfeldkriminalisierung* – 2. La tentativa idónea, la tentativa inidónea y el delito imposible como “bancos de pruebas” del modelo de delito como ofensa a un bien jurídico (= de la concepción del injusto fundado en el desvalor del resultado) – 3. Incriminación de actos preparatorios y el “peligro de peligro” (= peligro concreto indirecto): delito “obstáculo” (*reati ostativi*), de preparación (*Vorbereitungsdelikte*), de “posesión” y de “sospecha” – 4. De la incompatibilidad entre los delitos de peligro abstracto y el principio de ofensividad – 5. La protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales y el principio de ofensividad – 6. ¿Cuándo los delitos de intencionalidad especial trascendente (“dolo específico”), de tentativa –“emprendimiento”– y omisivos propios son compatibles con el principio de ofensividad?

1. La preeminencia del desvalor del resultado –lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico– en la fundamentación del injusto penal y en la configuración del objeto de referencia de la “*Vorfeldkriminalisierung*”

a) *El injusto penal como lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico: "nullum crimen sine iniuria"*

Sentadas las tesis de que las normas penales son, primordialmente, *normas de valoración*¹ y que la *ofensividad* es requisito imprescindible tanto del concepto de delito como para la intervención de naturaleza "penal",² lo trascendental en la hora de *fundamentar el injusto penal* consiste en la constatación concreta de si ha producido o no una lesión o puesta en peligro al interés penalmente tutelado en el tipo delictivo.³ Y además: que ese resultado sea desaprobado (*desvalor del resultado*).⁴ Es que el Derecho penal, como señala Rodríguez Mourullo,⁵ "se ocupa únicamente de

¹ Cfr. supra Cap. IV, n. 1.

² Cfr. supra Cap. IV, especialmente n. 5.

³ Cfr. MIR PUIG, El sistema del Derecho penal en la Europa actual, *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, Libro-Homenaje a Claus Roxin*, p. 33, que afirma: "El principio de lesividad u ofensividad, que enlaza con el de exclusiva protección de bienes jurídico-penales, ha de orientar el contenido del injusto".

⁴ El término "resultado" se utiliza en Derecho penal en diversas acepciones: resultado como realización del tipo (resultado = acción exterior), resultado en sentido naturalista (modificación del mundo exterior que se sigue a la acción o efecto separable de la acción) y resultado en sentido jurídico (lesión o peligro de lesión a un bien jurídico); así: LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, p. 17-18. El primer concepto es superfluo e incluso perturbador porque hoy goza de amplio consenso el principio del hecho para expresar la exteriorización de la acción. En cuanto a los otros conceptos, para evitar confusiones, mejor sería distinguir con precisión los términos "resultado" y "desvalor de resultado", como sugiere TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 179, in verbis: "La expresión 'desvalor de resultado' reflejaría la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por la norma infringida, bienes jurídicos que habrían de entenderse como aspectos de la realidad social positivamente valorados, y susceptibles de lesión directa por medio de acciones individuales, por lo que no sería necesario entender que se produce una materialización del bien jurídico en un objeto de la realidad; el término 'resultado' se debería reservar para hacer referencia al resultado estructural del delito, previsto en algunos tipos penales". Es de suscribirse esta conclusión de HUERTA TOCILDO (*Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 24): "A mi juicio, desvalor de resultado no debe identificarse con desaprobación del resultado externo, sino con desaprobación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico derivada de la conducta típica. Desde este punto de vista, puede decirse que dicho desvalor está presente en todas y cada una de las modalidades delictivas, pues todas suponen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. La cuestión, entonces, no es tanto que no se dé un desvalor de resultado en algunos delitos, sino si dicho desvalor tiene o no un 'rol' fundamental en el injusto".

⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 24. En un Estado social y democrático de Derecho no se entiende por qué habría que desplazar el centro de gravedad del Derecho penal desde el momento de la efectiva producción del resultado al de la acción peligrosa o desvalor de acción,

comportamientos exteriorizados con relevancia social. Por ello, lógicamente sus valoraciones parten de las consecuencias exteriores. La primacía corresponde al desvalor de resultado, y el desvalor de acción o el desvalor de ánimo sólo cobran significación jurídico-penal en la medida en que se asocian a la creación de riesgos o lesiones de los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, es decir, referidos a un desvalor de resultado”.

No se puede negar relevancia a la categoría del desvalor del acto,⁶ al menos en la medida en que se asocian a la creación de riesgos o lesiones de los bienes jurídicos, pero, como advierte Würtenberger,⁷ “los momentos objetivos de la lesión o de la puesta en peligro de los bienes jurídicos deben gozar en la determinación del contenido del ilícito penal del hecho, de una posición predominante frente a los puntos de vista subjetivos, como por ejemplo ‘la actitud interior’ o la ‘violación de una obligación’”.⁸

con la consiguiente reducción de la esfera de libertad: cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 276. Sobre la “rehabilitación” del resultado en la configuración del injusto penal cfr. MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, p. 60 y ss. (especialmente p. 108 y ss.). Por ello ya se percibe un “cambio de perspectiva” en cuanto al papel del resultado: cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 82 y ss. Se produce en la actualidad una vuelta a la tendencia objetivista en el Derecho penal, sobre todo al hilo de las críticas al principio de culpabilidad efectuadas, entre otros, por GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 7 y ss. En este sentido: BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y sistema penal*, p. 141 y ss.

⁶ Que no comprende sólo el desvalor de la intención, sino también una serie de elementos de carácter objetivo que se refieren a la forma o grado de realización de la acción: cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 54 y ss.

⁷ Cfr. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, p. 102.

⁸ El injusto (*Unrecht*) se constituye predominantemente por el desvalor del resultado: cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 82 y ss; MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, p. 60 y ss. (especialmente p. 108 y ss.). En este trabajo se parte de ésta concepción del injusto penal, que no se corresponde con la concepción dualista del ilícito (injusto penal = desvalor de acción y desvalor del resultado), ampliamente acogida por la doctrina dominante. Sobre la concepción dualista cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 60 y ss; LANDECHO VELASCO y MOLINA BLÁZQUEZ, *Derecho penal español-PG*, p. 247-248; CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general, nociones introductorias. Teoría del delito*, p. 364; CARBONELL MATEU, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 210. Son, además, partidarios de la concepción dualista: BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 181 y ss.; GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 89; GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, pp. 53-55; HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p.

Precisamente porque una pretensión de ofensividad –antijuridicidad material–⁹ acompaña ya, inevitablemente, la pretensión *conceptual* de relevancia, “relevantes para el Derecho Penal son sólo las acciones que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicamente protegidos”.¹⁰

Más allá de instrumentos indispensables para asegurar un carácter liberal al Derecho penal, son el principio de ofensividad y la teoría del bien jurídico las categorías que permiten contemplar el ilícito penal en una dimensión predominantemente objetiva, refutándose una fundamentación exclusiva en el desvalor de acción¹¹ y acentuándose el aspecto externo de la lesión o

50 y ss.: MAURACH y ZIPF, *Derecho penal-PG*, p. 270 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho penal*, p. 54-58. Para MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, p. 31, “desvalor de acción, desvalor de resultado y carácter reprochable son los tres pilares en los que descansa el concepto material del delito en el Derecho Penal positivo”.

⁹ En el sentido de que la antijuridicidad (material) es predominantemente objetiva cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO (*Derecho penal-PG*, p. 331 y ss.) que afirma: “El contenido material de la antijuridicidad está constituido fundamentalmente y en primer lugar por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. La antijuridicidad es un juicio de desaprobación del hecho en cuanto ofensivo para un bien jurídicamente protegido. Ahora bien, como el Derecho Penal, dado su carácter fragmentario, no prohíbe bajo amenaza penal toda clase de ataque a los bienes jurídicos más elementales del individuo y la comunidad, sino aquellos que se muestran como más intolerables, el desvalor de la acción que entraña la específica modalidad de ataque pasa también a formar parte del contenido sustancial de la antijuridicidad. En la ofensa al bien jurídico radica el desvalor de resultado. En la forma y modalidad de perpetrar la ofensa radica el desvalor de acción”. De cualquier modo, “el carácter penal de la antijuridicidad parte, pues, de un desvalor de resultado; la antijuridicidad objetiva parte del desvalor del resultado” (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 131, 133 y 139; es reciente esa posición de MIR PUIG: cfr. Prólogo a la cuarta edición de su *Derecho penal-PG* y la referencia en FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 108). En cuanto a la concepción del resultado como ampliador del ilícito ya fundamentado exclusivamente con base en el desvalor de acción y sus críticas cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 64 y ss. y especialmente p. 74 y ss.

¹⁰ Así, VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 484. La STS de 29 de mayo de 1993 (Pte. Conde-Pumpido) argumenta que todo injusto ‘sin contenido objetivo de antijuridicidad o, si se quiere, con sólo un contenido de antijuridicidad subjetiva’ es contrario a los postulados del Derecho penal postconstitucional.

¹¹ Resulta sin fundamento, al menos en el Derecho Penal italiano (cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, p. 389), “la tesis que pretendía sostener en el delito un autónomo desvalor de la acción, que se expresaría en la conducta típica *in se* y *per se*, sin cualquier referencia a la ofensa al bien jurídico tutelado (desvalor del resultado)”. Para los autores citados, las modalidades de conducta no son sino expresión de la intensidad de la ofensa. La diversa gravedad de los delitos contra la propiedad, por ejemplo, depende del diverso grado de actitud ofensiva de la conducta típica. Parece evidente que las diversas concepciones según las cuales lo injusto de los delitos dolosos de acción queda ya constituido o se agota en el desvalor de la acción tampoco se ajustan al

peligro de lesión al bien protegido.¹²

La concepción *predominantemente objetiva* del injusto penal¹³ como la que aquí acaba de ser asumida no se identifica, por supuesto, (a) con la concepción del injusto de la teoría causal-naturalista (el injusto es pura causación del resultado);¹⁴ con las orientaciones político-criminales o construcciones penales que buscan fundamentar el injusto penal (b) *exclusivamente* en la “actitud interior” o desvalor de la intención¹⁵ o en el desvalor de la acción¹⁶ o (c) *predominantemente* en el desvalor de la acción

Código Penal español, pues, como afirma CEREZO MIR (*Curso de Derecho penal español-PG II*, p. 149), “en nuestro Código se establece para la tentativa una atenuación obligatoria – y no meramente facultativa como en el Código penal alemán”. El derecho positivo ha quedado definido en 1995 de manera tal que escapa francamente a una visión subjetiva del injusto (cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 89).

- ¹² Obviando la pormenorización de la polémica planteada por el finalismo, “parece claro tras todo lo expuesto que básica y fundamentalmente el juicio de antijuridicidad desvalora o desaprueba el resultado jurídico –lesión o puesta en peligro–, aun cuando necesariamente extienda su descalificación al comportamiento que, expresa o genéricamente prohibido en la ley, ha dado lugar a tal lesión o peligro, concretamente al actuar intencional o negligentemente” (véase RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho penal-PG*, p. 178).
- ¹³ El sostén indispensable de la concepción objetiva de la antijuridicidad es evidentemente el concepto de bien jurídico, que está en el fundamento más profundo del Derecho penal: así NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo en Derecho penal*, p. 97.
- ¹⁴ Cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 85.
- ¹⁵ Son los finalistas más radicales de la escuela de ARMIN KAUFMANN que intentaron fundamentar el Derecho penal solamente en el desvalor de la intención interna de cada sujeto. Para el autor citado y sus discípulos (ZIELINSKI, DEGENER y otros) sólo la acción (intención) es materia de desvalor, porque después de que el autor ha hecho todo lo que creía que debía hacer para la consecución de su meta delictiva lo que suceda es mero producto de la casualidad. El resultado para los partidarios de la concepción subjetivo-monista del injusto no es más que una condición objetiva de punibilidad (cfr. sobre esa concepción y en sentido crítico FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 97 y ss.). En sentido crítico a las concepciones subjetivas cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 85 y ss.
- ¹⁶ La polémica en torno a la cuestión de si el ilícito se halla constituido por el desvalor de acción, el desvalor de resultado o ambos sigue siendo actual en Derecho penal: cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 51. En las páginas 62 y ss. la autora diserta sobre la concepción monista basada únicamente en el desvalor de la acción, de la cual es partidaria. También en el sentido de que el injusto tiene por fundamento el desvalor de la acción véase MORSELLI, *Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato*, RIDPP, 1991, p. 796 y ss. Sobre los conceptos de desvalor de acción y del resultado vid.: GALLAS, *La struttura del concetto di illecito penale*, RIDPP, 1982, p. 447-460. Con relación a la tesis de que el injusto penal está integrado sólo por el desvalor de acción afirma BACIGALUPO (*Manual de Derecho penal-PG*, p. 76): “El desarrollo de la teoría final (ARMIN KAUFMANN) y también de otras teorías que no siguen sus puntos de vista (SCHMIDHÄUSER) ha llevado a deducir de la afirmación de que las normas sólo pueden mandar realizar (mandatos) u ordenar omitir acciones (prohibición) que lo ilícito

(doctrina del injusto personal de Welzel)¹⁷ o (d) las que, con matizaciones político-criminales, ponen en relieve el momento subjetivo del delito;¹⁸ y tampoco es totalmente coincidente (e) con las *tesis dualistas*.¹⁹

La doctrina mayoritaria en la actualidad es tendencialmente dualista²⁰ y afirma que el injusto penal no se agota exclusivamente en el desvalor de

está integrado sólo por el desvalor de acción tanto en los delitos dolosos como en los culposos (cfr. HORN, ZIELINSKI, SCHMIDHÄUSER, LAMPE, KRÜMPELMANN, GALLAS). Las consecuencias prácticas extremas de este punto de vista se expresan en los siguientes resultados: (a) la distinción entre delito consumado y delito frustrado carece de toda significación: el delito frustrado contiene ya todo el ilícito y por lo tanto no debe ser necesariamente menos punible que el consumado; (b) para constituir el desvalor de acción (lo ilícito) no es necesario que se den todos los elementos objetivos del tipo: vale con que el autor los suponga, es decir, crea que se dan; (c) correlativamente, la suposición de una situación justificante, justifica aunque no se dé la situación de necesidad”.

¹⁷ Con un Derecho Penal del bien jurídico y de la ofensividad no se concilian, evidentemente, las teorías extremadas del Derecho penal de autor (DAHM) o la concepción de la “culpabilidad por la conducta de vida del autor” de MEZGER (*Derecho penal*, p. 251), ni tampoco la teoría del injusto personal de WELZEL, para quien “El injusto no se agota en la causa del resultado (lesión al bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que el autor asignó al hecho, la actitud en que lo cometió, los deberes que lo obligaban a este respecto, todo esto determina de un modo decisivo el injusto del hecho junto a la eventual lesión del bien jurídico. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. El injusto es injusto de la acción referido al autor, es injusto ‘personal’” (*Derecho penal alemán*, p. 91-92). Para una crítica a la doctrina del injusto personal, cfr. WÜRTENBERGER, *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, p. 73 y ss., que entiende que en ningún caso es lícito introducir en el ámbito de la consideración del ilícito penal los elementos personales de actitud interior que deben ser reconducidos al contenido de la culpabilidad (p. 81). La doctrina del injusto personal es insostenible no sólo desde el ángulo de la dogmática penal, sino también desde la perspectiva iusfilosófica. Aparece, por otra parte, desmentida también por el Derecho positivo español: así RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 23-24 y p. 333 y ss. Véase también MAZZACUVA, *Il disvalore di evento nell'illecito penale*, p. 29 y ss. Aún en sentido crítico: NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo en Derecho penal*, p. 92 y ss.

¹⁸ Así, por ejemplo, la antigua posición de MIR PUIG (*Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 65 y ss.), que concebía el resultado como condición de punibilidad. El injusto es injusto de conducta y el resultado sólo integra el presupuesto de la norma de sanción. El resultado sólo es relevante para la punibilidad de la conducta pero no condiciona el injusto. Cfr. aún SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 367 y ss. Sobre la evolución de la posición de MIR PUIG, que ahora admite el desvalor del resultado como base de la antijuridicidad cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 106-108.

¹⁹ Sobre el papel del resultado en las diferentes concepciones del delito cfr. LAURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, p. 35 y ss.

²⁰ Cfr. FEIJÓO SÁNCHEZ, *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*, p. 109; LOURENZO COPELLO, *El resultado en Derecho penal*, p. 37, 51 y ss. En la actualidad, según MAIWALD (Criteri-guida per la teoria generale del reato, *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*, 1998, p. 243), la doctrina dominante en Alemania considera en conjunto el desvalor de la

acción (conducta) sino que también cuenta con especial relevancia para la constitución del injusto el desvalor de resultado (es decir, la lesión o peligro al bien jurídico).²¹ Bustos Ramírez,²² siguiendo esta línea dualista, afirma que “toda teoría estrictamente *normativa*, que formalice (así Binding) o mediatice el bien jurídico (así Welzel), considera consecuentemente sólo el *desvalor de acto* como lo único fundamental o, lo que es lo mismo, al considerar sólo el *deber* del ciudadano, sólo mira al aspecto ético del acto; en el fondo el bien jurídico no juega a ningún papel y se sigue con la antigua teoría de que el delito infringe un derecho (deber) subjetivo”.

Falta, pues –conforme el autor citado– “un elemento de convergencia que complete todo el contenido material de la antijuridicidad y todo el complejo de valoraciones que ella implica. Ese elemento es naturalmente el bien jurídico, que no sólo da contenido a la tipicidad, sino también a la antijuridicidad, en cuanto no sólo considera valoraciones con relación a determinadas circunstancias que se pueden dar al actuar, sino también respecto de afecciones a su elemento constitutivo mismo, la relación social. En este último caso se trata justamente del desvalor del resultado, que permite establecer *positivamente* la antijuridicidad y con ello también lograr una mayor precisión y graduación del injusto, conforme a la mayor o menor intensidad de la afección al bien jurídico”.

acción y del resultado como integrantes del ilícito penal. Esa sería la base común de la teoría del delito en Alemania e Italia, según su valoración.

²¹ Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 17 y ss.; BAUMANN, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos. Reimpresión*, p. 9-10, que afirma: “No castigamos la ‘inobservancia del sentimiento jurídico’, sino la agresión a bienes jurídicos importantes”.

²² BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal-PG*, p. 182 y ss.

Tanto el *desvalor de acción* como el de *resultado*, así, según las tesis dualistas, son imprescindibles²³ y lo mismo en la tentativa que en el delito consumado.²⁴ Para que pueda plantearse la antijuridicidad de un hecho típico, entonces, “no basta con la concreción desvalorativa en un acto, sino que, además, es necesario que desvalorativamente a ese acto se le pueda imputar desde el bien jurídico una afección real a éste, que puede consistir en su lesión o bien en su puesta en peligro... Sólo así, entonces, se logra completar a nivel de injusto las garantías respecto del ciudadano en el sentido que no basta sólo con la determinación o concreción del ámbito situacional y con ello del comportamiento, sino también ha de regir el principio *nullum crimen sine iniuria*, esto es, no hay delito sin una determinada lesividad o afección del bien jurídico... de este modo se excluye toda clase de presunciones del ámbito del Derecho penal, no sólo en cuanto es necesario dolo o culpa (pertenecientes al desvalor del acto), sino, además, es necesario que se produzca una *afección real a un bien jurídico*, por tanto, no es posible el castigo por delitos de mera sospecha, de peligro abstracto, de mera desobediencia”.²⁵

En la medida en que ya no se justifica ningún tipo de ilegítima interferencia entre Derecho penal y moral, porque no es cometido del primero tutelar valores morales *in se* o incluso educar a las personas,²⁶ sino defender un ordenamiento objetivo fundado en los derechos fundamentales y que

²³ Cfr. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 245, que señala: “El Derecho penal sólo constituye una selección de conductas del total campo del injusto, y, para la realización de esta selección el legislador ha de tener en cuenta, en primer lugar, cuáles son los bienes jurídicos que han de protegerse, pero dentro de ese marco ha de contemplar también necesariamente la intensidad y la forma en que se produce la agresión al bien jurídicamente protegido”.

²⁴ Cfr. HUERTA TOCILDO, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, p. 60.

²⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español-PG*, p. 186-188.

²⁶ Aunque ciertamente muchas conductas delictivas (matar, robar, dar falso testimonio etc.) poseen un evidente significado moral, el Derecho penal no aspira, cuando castiga esas conductas, a moralizar a los ciudadanos: así RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 18.

permita la convivencia social, el centro del ilícito penal pasa a ser ocupado *primordialmente* por el hecho objetivamente lesivo a los valores sociales legítimamente seleccionados como objeto de protección. Según esa perspectiva, el desvalor del resultado está presente “tanto en el resultado exterior distinto de la acción –resultado naturalista, conforme la terminología tradicional–, como en la modificación del mundo humano, que también se realiza en los delitos tradicionalmente indicados como de mera actividad. Esta interpretación consiente e impone descubrir en cada delito un resultado ofensivo con relación al bien jurídico (resultado lesivo o peligroso): no solamente en los delitos con resultado naturalista, sino incluso en los de acción, la razón de la incriminación debe buscarse no sólo en una contrariedad de la voluntad del sujeto a los imperativos jurídicos (desvalor de acción), sino sobre todo en la modificación exterior de las relaciones humanas, en tanto que sea objetivamente perjudicial para el bien jurídico tutelado (desvalor del resultado).²⁷

De cualquier modo, y una vez que se admita el delito como un “hecho ofensivo típico”, creemos que la ubicación sistemática del “resultado jurídico” (de la llamada “antijuridicidad material” o “*sic et simpliciter*” de la ofensividad o lesividad) residirá en la tipicidad.²⁸ Se impone, así, la

²⁷ Cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 117. Sobre la discutible opinión de que el desvalor del resultado exige [tan sólo] una concreta idoneidad de la acción para ofender el bien tutelado cfr. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, *Costituzione, Diritto e processo penale*, AA.VV., 1998, p. 161.

²⁸ Cfr. *infra* Cap. VI, n. 2. Según DE LA CUESTA AGUADO, *Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto*, *RDPC*, 1996, p. 185, es “en la tipicidad –en la que han de contenerse con carácter lo más exhaustivo posible los elementos que fundamentan la antijuridicidad específica de una figura delictiva– que se materializará el ‘desvalor de resultado’, fruto de un juicio que derivará de la infracción de la norma de valoración –como manifestación del primer aspecto del desvalor de conducta”. En otro sentido, desde una perspectiva subjetiva, que fundamenta el injusto exclusivamente en el desvalor de la acción y señalando que el desvalor del resultado se concreta en la categoría de la punibilidad o sancionabilidad: cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 183 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 415 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 135.

conclusión de que una acción típicamente relevante –la que realiza el tipo penal en sentido material, es decir, ofensivo– es ya, y en principio, ilícita. Sin embargo, esta ilicitud podrá quedar excluida por la concurrencia de supuestos contemplados en leyes permisivas.²⁹

Ahora bien, si el resultado jurídico –la lesión o el peligro concreto de lesión al bien jurídico– es el elemento *esencial* del injusto penal,³⁰ como aquí se admite coherentemente con el principio de necesaria ofensividad y el sentido marcadamente valorativo de las normas penales, él deberá estar presente, de una o de otra forma (explícita o implícitamente), en toda conducta punible.³¹

Es que el derecho debe intervenir “únicamente cuando el acto humano produce algún cambio en el mundo exterior... cuando el orden no es perturbado por el desorden, cuando el equilibrio no se rompe por el desequilibrio, cuando ningún derecho es violado o puesto en peligro, no

²⁹ Cfr. VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, p. 485.

³⁰ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 276, que señalan: “...lo fundamental de este sistema no es el desvalor de acción sino el desvalor de resultado. Pues la antijuridicidad de la conducta se hace radicar no en la conducta misma, sino en algo extrínseco, en el peligro representado por ella, y el peligro no es sino la probabilidad de que se produzca un resultado dañoso. Es, pues, el (probable) resultado lo que determina el injusto, no la acción en sí misma considerada”. Cfr. también MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 133, que hoy concibe que la antijuridicidad penal se distingue de otras formas de antijuridicidad precisamente por exigir un desvalor de resultado especialmente grave y/o peligroso: una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal en determinadas condiciones. Anteriormente (*Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, p. 47) afirmaba: “...Lo anterior conduce a la necesidad de erigir en contenido de lo injusto no el resultado ni la conducta que se demuestre efectivamente peligrosa *a posteriori*, sino los comportamientos peligrosos que aparezcan como tales en el momento de llevarlos a cabo, aunque luego resulte que en realidad no lo eran”.

³¹ El resultado, en sentido jurídico, como lesión del bien jurídico-penal protegido en el tipo, desde una perspectiva *ex post*, ha de concurrir en todos los delitos, ya sean de resultado consumado (de lesión, de peligro o de lesión/peligro), de mera actividad (de peligro o de lesión) o de tentativa... El resultado, en sentido jurídico, como lesión de un bien jurídico-penal imputable al peligro objetivo idóneo, en cuanto creador de un riesgo grave para un bien jurídico-penal, es una exigencia derivada del principio de lesividad y, en consecuencia, se ha de probar su concurrencia en todas las clases de tipos delictivos: así CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 135-136; MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 133. Sobre la cuestión de la presencia del desvalor del resultado en todos los delitos cfr. también SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 389 y ss.

hay lugar para el derecho, y para el Derecho penal en particular”.³² En otras palabras: no hay delito sin lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido por la norma penal (*nullum crimen sine iniuria*).³³

b) *El injusto penal concretamente ofensivo como objeto de referencia de la “criminalización en el ámbito previo”*

a concepción preponderantemente objetiva y necesariamente ofensiva del injusto penal, por consiguiente, está en condiciones de orientar la configuración del objeto de referencia de la llamada *Vorfeldkriminalisierung* (criminalización del ámbito previo).³⁴

³² Cfr. MAGGIORE, *Derecho penal: vol. 1: el Derecho penal, el delito*, v. 1, p. 363. En la p. 365 el autor subraya: “No es ahora el caso de leer de nuevo el capítulo de la filosofía del derecho que resuelve la esencia del *ius* en la acción exterior (*handle äusserlich...* obrar exteriormente, es el imperativo jurídico, según KANT)... Por lo tanto, nada más legítimo que hablar del resultado jurídico. El resultado, repetimos, tiene siempre y en todos los casos un colorido jurídico, en cuanto tiene importancia para el derecho, aun cuando aparezca más integrado materialmente por elementos naturalistas”.

³³ La violación del bien jurídico es esencial para todos los delitos: cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 272. El Código Penal brasileño autoriza la interpretación de que no hay delito sin resultado jurídico cuando afirma en el art. 13: “El resultado, de que depende la existencia del delito...”. La Exposición de Motivos que acompañó el Código de 1940 afirmaba (con relación al antiguo art. 15): “... con la palabra resultado se designa el efecto de la acción u omisión, es decir, el daño efectivo o potencial, la lesión o peligro de lesión a un bien o interés penalmente tutelado. El proyecto acoge el concepto de que no existe crimen sin resultado”. En cuanto al Derecho penal italiano la conclusión es la misma: “La declaración contenida en los arts. 40 y 43 del Código Penal, en el sentido de que toda acción está unida de modo causal con el resultado (tanto por el aspecto material como por el moral), es perentoria y vale para todo delito. Y es también significativa la calificación de cualquier resultado como ‘dañoso o peligroso’. Esta determinación quiere decir que la conducta criminosa es importante ante el derecho solo por cuanto penetra en la realidad, produciendo en esta algún acontecimiento que ofende (daño o peligro) el orden jurídico” (cfr. MAGGIORE, *Derecho penal: vol. 1: el Derecho penal, el delito*, v. 1, p. 366). Sobre la necesidad de un resultado jurídico en todos los delitos cfr. JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal-PG*, p. 244 y ss. (que mantiene posición contraria a la tesis aquí defendida).

³⁴ Sobre la problemática de la determinación del “ámbito previo de criminalización” cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 15-17.

La determinación de qué se entiende por el núcleo básico del Derecho penal, por un lado, y por anticipación de la tutela penal, por otro lado, depende, evidentemente, de un *prius* lógico. Y ese *prius* lógico, que dará el fundamento y los límites del *ius puniendi*, según el paradigma de la ofensividad, sólo puede estar constituido por la concepción del injusto penal en el sentido claramente objetivo, donde tiene relevancia primordial el desvalor del resultado.³⁵

Las conductas de lesión o de peligro de lesión a un bien jurídico (individual) agotan el núcleo básico (y clásico) del Derecho penal. Ahora bien, tanto el peligro concreto como la (orientación que admite la) ofensa a los bienes jurídicos supraindividuales³⁶ configuran formas de anticipación de la tutela penal.³⁷ Pero, desde la óptica del Derecho penal de la ofensividad, como veremos, y siempre que presentes algunos requisitos básicos, son legítimas.³⁸ El grave problema de legitimación aparece cuando el adelantamiento de la protección “penal” sobrepasa los límites señalados, es decir, cuando hay una expansión de la protección penal,³⁹ ocasionando fricción con principios vertebradores del Derecho penal.

³⁵ La anticipación de la tutela penal está relacionada tanto con la concepción de la norma penal (valorativa o imperativa) como con la concepción del injusto penal como desvalor de la acción, o del resultado o de ambos. Para quien admite que la norma penal es pura o predominantemente imperativa (no es ésta la posición asumida en éste trabajo), bastaría el desvalor de la acción para la fundamentación del ilícito, que es “el acto final contrario al deber”, consonante Zielinski, citado y seguido por TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 79. Con ello se concibe una anticipación de la tutela penal a la categoría del desvalor de la acción, prescindiéndose completamente del desvalor del resultado.

³⁶ Cfr. ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 144 y ss.; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 213 y ss.

³⁷ En cuanto a los delitos de peligro concreto como forma anticipada de tutela cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 48.

³⁸ Cfr. supra Cap. I, n. 8.

³⁹ Y, en consecuencia, del Derecho penal (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, p. 21 y ss.

La concepción del injusto penal que aquí se mantiene, por otra parte, no sólo no coincide con las tesis dualistas, sino que sobre todo rechaza terminantemente todos los planteamientos de un injusto centrado exclusivamente en el desvalor de acción o reconducibles a la “subjektivización” del Derecho penal.⁴⁰

Son inaceptables, en consecuencia, según la perspectiva de la ofensividad, todas las teorías que contemplan una exagerada anticipación de la intervención penal, como es el caso, por ejemplo, de la teoría subjetiva de la tentativa,⁴¹ que lleva a la injustificada punición de actos preparatorios, la equiparación de la pena entre tentativa y consumación, así como la punibilidad de la tentativa (absolutamente) inidónea o del delito imposible.

Para esa línea político-criminal excesivamente intervencionista, que ciertamente no es compartida en éste trabajo, el papel fundamental reside en el desvalor subjetivo de acción, siendo la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico relegada a la simple *condición objetiva de punibilidad*. Y la tentativa inidónea pasaría a constituir el prototipo del injusto penal.

Teniendo en consideración una óptica garantista liberal, cabe concluir de lo anterior que el injusto penal fundamentado prominentemente en el desvalor del resultado estaría en condiciones de configurar una concreta barrera a los “excesos” en la criminalización en el ámbito previo, que son muy conocidos. Dos ejemplos históricos:

⁴⁰ “Esto sentado, no se entiende por qué habría, en un Estado social y democrático de Derecho, que desplazar el centro de gravedad del Derecho penal desde el momento de la efectiva producción del resultado al de la creación del peligro” (cfr. COBO DEL ROSAL y VIVEZ ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 276).

⁴¹ Cfr. en sentido crítico SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 20 y ss.

a) durante el régimen político de la Alemania nacionalsocialista se trazó una completa revisión del Derecho penal liberal y se trató de crear un Derecho penal del peligro (*Gefährdungsstrafrecht*), de la voluntad (*Willensstrafrecht*) o de intención (*Gesinnungsstrafrecht*). Además de abandonar los principios básicos del Derecho penal del Iluminismo, se toma partido por un uso exageradamente anticipado del Derecho penal. Se transformó el Derecho penal de la lesión (*Verletzungsstrafrecht*) en un Derecho penal del peligro (especialmente abstracto). No es el resultado lesivo el centro de la intervención penal, sino la causación culpable de un peligro. El delito pasa a ser concebido como una mera infracción de un deber de fidelidad frente a la comunidad;⁴²

b) también en España, con la instauración del régimen franquista, se da paso a un Derecho penal autoritario: el castigo generalizado de la proposición, conspiración y provocación para delinquir, la punición de la tentativa imposible, la configuración de delitos de emprendimiento, particularmente contra la seguridad del Estado,⁴³ son ejemplos que se destacan.

En consecuencia de lo expuesto, se impone una conclusión provisional en el sentido de que el límite del legislador en la anticipación de la tutela penal reside en el respeto a la configuración del injusto penal como una conducta necesariamente ofensiva, es decir, causante de una lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico protegido (= de un resultado jurídico desvalioso).

⁴² Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 30 y ss.

⁴³ Cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal español-PG*, p. 84.

Pero, ¿en qué consiste esa lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico?

c) *Los conceptos de lesión y de peligro concreto al bien jurídico*

La respuesta a la indagación formulada tiene un significado muy especial para nuestro trabajo no sólo porque revela el “núcleo esencial” —el contenido, el significado— del principio de ofensividad, sino sobre todo porque con ella lo que se pretende es definir con precisión la legítima esfera de la actividad legislativa en el ámbito penal, partiéndose de la premisa de que existen barreras infranqueables en la criminalización del ámbito previo. Se trata además de tema cuyos aspectos dogmáticos, técnico-legislativos y político-criminales son de actualidad indiscutible.⁴⁴

La *ofensa* al bien jurídico puede concretizarse de *dos formas*: por medio de una *lesión* o de un *peligro concreto*.⁴⁵ La *lesión al bien jurídico* (que es una entidad normativa) no puede ser confundida, por supuesto, con el (naturalista) concepto de daño material o físico del sustrato empírico del bien jurídico (daño del objeto material del delito).⁴⁶

Conviene subrayar que incluso los autores que utilizan la palabra *daño* en lugar de *lesión* advierten: “cuando hablamos de daño no nos referimos al

⁴⁴ Cfr. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, *RIDPP*, 1986, p. 689.

⁴⁵ Según otra terminología, los delitos de lesión deberían llamarse de *resultado*, manteniéndose para la Segunda categoría el nombre de delitos de peligro. Pero esa denominación, como bien ha subrayado GIMBERNAT ORDEIG, *Ensayos penales*, p. 191, “no se ajusta a la realidad, pues no sólo en lo que aquí llamamos delitos de lesión se produce un resultado: también los delitos de peligro tienen un resultado, a saber: el peligro...”.

⁴⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 271.

daño material o físico (v.g. destrucción de cosas), sino a la *lesión del bien* protegido por la norma jurídica. Entendido así, el concepto de daño [lesión] es un concepto *normativo*, fruto de una valoración. Por la misma razón que los bienes jurídicos no pertenecen a la realidad natural, sino al mundo de los valores, la lesión de los mismos que llamamos *daño* tampoco existe, como tal, en la realidad natural. En ésta existen, sí, acciones humanas, modificaciones del mundo exterior, alteraciones de las condiciones ambientales preexistentes a la acción del sujeto, que sólo alcanzan la categoría de daño cuando son *valoradas* como *lesivas a los bienes jurídicos*".⁴⁷

La *lesividad* no significa entonces *daño material*, es decir, "destrucción" del objeto material del delito, sino "*afectación*" del bien jurídico. No cabe duda que esa afectación es graduable, luego, será mayor o menor conforme factores diversos, entre los que también está el nivel de destrucción (material) del objeto. De cualquier manera, no se puede confundir el bien jurídico (concepto normativo, valorativo) con su sustrato material o inmaterial (que es una entidad natural).

Destrucción efectiva del objeto se produce en pocos casos (homicidio consumado, por ejemplo). En la mayoría lo que ocurre es una afectación (en los delitos contra el honor, por ejemplo, la ofensa no lo "destruye", pero causa una *iniuria*; en la amenaza la libertad personal no es destruida, sino afectada, perturbada).⁴⁸

⁴⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 336.

⁴⁸ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 219 y ss., que comparte la doctrina de KARGL (p. 221) en el sentido de que "la lesividad no puede interpretarse naturalísticamente como 'daño' en cosas, puesto que lo que realmente se protege y, por consiguiente, lo que, en su caso se lesiona, es el interés en esa cosa".

En los delitos en los que se protegen bienes jurídicos *individuales*, la lesión del bien jurídico no es la lesión del objeto del delito, ni tan siquiera cuando el objeto del delito es el sustrato material del bien jurídico. La lesividad supone la lesión del bien jurídico con independencia de que se lesione también el objeto del delito, que en estos casos constituirá el resultado material de lesión.

La muerte en el homicidio significa lesión (destrucción) al objeto material, no la lesión al bien jurídico que consiste en la afectación del interés por la vida. Con esa perspectiva se podría reinterpretar los problemas de la eutanasia, en el sentido de que en determinadas situaciones aunque se mata a una persona no se lesiona el interés ni social ni individual por la vida.⁴⁹

La *lesión al bien jurídico*, en suma, requiere la necesaria comprobación de un resultado material (naturalista) resultante de la acción del sujeto⁵⁰ (que se produce en los delitos con resultado – *Erfolgsdelikte*). Todos los delitos, ya sean materiales, formales o de mera actividad, de daño material o inmaterial, comportan la noción de lesión. En algunos supuestos, el resultado material (de la realidad natural) se valora coincidentemente como la lesión al bien jurídico. Por ejemplo, en el homicidio: la muerte, al ser también destrucción del bien vida, se valora, desde la perspectiva del Derecho y conforme las circunstancias, como una lesión.

Otras veces no existe tal coincidencia. Por otro lado, existen también casos en que la lesión al bien jurídico se produce por el mero comportamiento del

⁴⁹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 222.

⁵⁰ Lesión, en sentido jurídico, es la pérdida o la disminución de un bien, el sacrificio o la restricción de un interés de otra persona garantizado por una norma jurídica; peligro es la potencialidad de un daño, es decir, es la capacidad de causar una pérdida o disminución de un bien o el sacrificio o la restricción de un interés (cfr. ROCCO, *L'Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 278 y 304).

sujeto (los llamados delitos de acción –*Handlungdelikte*), sin necesidad de que se cause un resultado material: “lo que entonces se valora como una lesión es la acción u omisión en sí mismas consideradas”. Por ejemplo: allanamiento de morada (art. 202), en el que se protege la inviolabilidad del domicilio como una parte de la intimidad.⁵¹ Es un delito de mera actividad (*schlichte Tätigkeitdelikte*), es decir, no es necesario un resultado material para su consumación. Lo que se valora entonces como lesión es la propia acción en cuanto afecta al bien jurídico tutelado.

La lesión puede producirse, por otro lado, tanto en los delitos con daño material (homicidio) como en los de daño inmaterial (contra el honor, amenaza etc.).

Ahora bien, el Derecho penal, más allá de la concreta lesión y desde que verificadas algunas exigencias mínimas, también sanciona las acciones humanas de las que pueden derivar una lesión, es decir, las acciones peligrosas.⁵² El *peligro*, como un resultado potencial, consiste en la *probabilidad* de una lesión.⁵³ En el peligro existe un estado de hecho, un estado objetivo, que se valora a la luz de las normas de experiencia (el peligro, por tanto, es un concepto valorativo).⁵⁴

Pero el juicio *no es sólo de posibilidad* de una lesión, sino de *probabilidad*, lo que requiere un doble orden de conocimientos (Antolisei): conocimiento ontológico (conocimiento de la situación de hecho concreta en la que se

⁵¹ Cfr. CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho penal-PE* (AA.VV), p. 266.

⁵² Sobre la distinción entre ‘peligrosidad de la acción’ que constituye la esencia del desvalor de la acción y el concepto de ‘peligro o puesta en peligro’ cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 123 y ss.

⁵³ Así ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale-PG*, p. 229, que en la página siguiente (p. 230) critica la concepción del peligro como mera posibilidad.

⁵⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 45 y ss.

insertó la acción humana) y conocimiento nomológico (conocimiento de las leyes de naturaleza y reglas de experiencia que nos permiten saber lo que ocurre normalmente cuando se produce tal situación de hecho).⁵⁵

Desde luego, con todo, procede subrayarse que un dato fundamental en los delitos de peligro, y ello para que sea observado el principio de ofensividad como expresión de un Derecho penal del Estado de Derecho de los derechos fundamentales, consiste en no fundamentar el injusto penal respectivo (exclusiva o preponderantemente) en el desvalor de acción.

Si bien es verdad que el tipo de peligro no hace otra cosa sino recoger una regla de experiencia, es decir, se penalizan ciertas acciones que pueden provocar (en abstracto) resultados de peligro,⁵⁶ no puede ser suficiente para el reconocimiento del injusto penal la presencia de esa acción, que “sólo cobra significación jurídico-penal en la medida en que va referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos”.⁵⁷ La preeminencia, según las premisas y conclusiones derivadas del principio de ofensividad y del carácter valorativo de las normas, es del desvalor del resultado.

En el marco del Derecho penal de la ofensividad, en consecuencia, siempre hay que demostrar *concretamente* que de la acción (peligrosa) del sujeto ha derivado un *plus*, que es el *resultado* peligroso, o sea, una afección al bien jurídico protegido.⁵⁸ La exigencia de un resultado jurídico en los delitos de

⁵⁵ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 338-339.

⁵⁶ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 118.

⁵⁷ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 336.

⁵⁸ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 121. Más adelante (p. 124) señala: “Descartada en estas páginas la posibilidad de entender que la acción peligrosa da por sí sola contenido al injusto penal, sólo estimando que el auténtico objetivo de un tipo de peligro es la prevención de situaciones objetivamente peligrosas, materialmente afectadoras de la incolumidad del bien jurídico, se entiende en sus justos términos la famosa función de anticipación de la tutela”.

peligro cuenta, entonces, con dos significados: (a) que también el injusto de peligro tiene como fundamento primordial el desvalor de resultado;⁵⁹ (b) con ello, lo que se intenta conseguir es la mayor coincidencia posible entre el concepto formal de delito –subsunción formal de la conducta a la ley– y el material –lesión o peligro de lesión al bien jurídico protegido.

La puesta en peligro en la formulación aquí estudiada [*No hay delito sin lesión o peligro de lesión al bien jurídico*] debe entenderse, por consiguiente, como exigencia de un *peligro concreto*,⁶⁰ que así se presenta, según la perspectiva del dogma de la ofensividad, como el *límite máximo* de la intervención penal,⁶¹ es decir, de la anticipación de la tutela penal.

Los *tipos de peligro concreto* son los que exigen la comprobación por el juez de la peligrosidad o idoneidad lesiva en el caso concreto, es decir, no sólo que la acción fue concretamente peligrosa, sino también y sobre todo que el bien jurídico ingresó en su *radio de acción* (que ha sufrido una ‘crisis de existencia’).

⁵⁹ “El peligro, como la lesión, es efecto (resultado, producto) de la acción (manifestación de la voluntad) humana: esta es, al contrario, la causa del peligro: la acción que es causa del peligro es la acción peligrosa, como acción lesiva es la acción que es causa de la lesión; lesión y peligro tienen en común el carácter de ser modificaciones del mundo exterior, resultados de una manifestación de voluntad humana” (cfr. ROCCO, *L’Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 308).

⁶⁰ Acerca de la doctrina del peligro concreto cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 211 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 37 y ss.; ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, passim, con actualizada y extensa bibliografía. Respecto al peligro en la teoría general del delito cfr. PENSO, *Il pericolo nella teoria generale del reato*, passim.

⁶¹ “Todo peligro es la posibilidad de un daño determinado, de un determinado resultado dañoso; es peligro concreto, y no existe el peligro abstracto, como peligro de un daño indeterminado. El llamado peligro abstracto... en contraste con el peligro concreto, que debe en cada singular caso ser demostrado, no es sino un peligro presunto” (cfr. ROCCO, *L’Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 306). Para más allá de la cuestión terminológica, y tal como ya quedó subrayado en el Cap. I, después de más de dos siglos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (art. 5.º: ‘La ley no puede prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad’) es sorprendente que todavía hoy una parte de la doctrina penalista no esté de acuerdo que la libertad sólo puede ser sacrificada cuando un bien haya sido puesto concretamente en peligro: así CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, *Costituzione, Diritto e processo penale*, AA.VV, 1998, p. 154-155.

Según una posición dominante en España, los delitos de peligro concreto requieren que la acción produzca un resultado de concreto peligro de lesión inmediata o próxima para algún bien jurídico (que estuvo próximo o a punto de lesionarse).⁶² Mientras los delitos de peligro abstracto proporcionan “facilidades” para la constatación judicial del hecho cometido, los de peligro concreto ganan en “legitimidad” a la hora de sancionarse quien ha practicado el hecho delictivo.

El peligro es un concepto normativo que depende de una valoración judicial concreta. Ahora bien, la noción de peligro concreto que aquí es defendida, no siempre implica un peligro para una *persona concreta o determinada*. Puede haber un peligro real para los intereses de una persona concreta (en los casos de bienes jurídicos individuales) o para los intereses de personas indeterminadas (bienes supraindividuales).

Lo fundamental, además, es verificar si el resultado lesivo no se ha producido por razones ajenas al dominio del autor, es decir, por circunstancias en las que ya no es posible su control.⁶³ Peligro, así, “es la amenaza a un bien jurídico ya no controlable a través de los medios normales de defensa” (Demuth).⁶⁴ Por otro lado, y como veremos en el apartado siguiente, el peligro concreto puede ser directo o indirecto, pero siempre sería un resultado para los intereses personales.⁶⁵

⁶² Cfr. LUZON PEÑA, *Curso de Derecho penal-PG*, p. 314.

⁶³ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 122 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 37 y ss.

⁶⁴ Citado por RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 36-37, que comparte la esencia de los conceptos normativos de peligro, que “ponen en relieve que el elemento esencial del peligro es que el bien jurídico se encuentra en una situación en la que su lesión no puede ser evitada con seguridad a través de los medios normales, en la que se deja la existencia del bien jurídico a merced de un curso causal que el sujeto ya no puede controlar”.

⁶⁵ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 94, que añade: “La necesidad de configurar un resultado en todo tipo de delitos, en los de lesión y en los de peligro,

En lo que respecta a los criterios y al momento del juicio con los cuales debemos delimitar la peligrosidad de una conducta, nuestra postura, para mantener coherencia con el principio de la necesaria ofensividad del delito, se inclina por el rechazo del juicio *ex ante*, denominado “prognosis póstuma” –*nachträgliche prognose* (aunque contra la mayoritaria doctrina: Welzel, Cerezo Mir etc.), y ello porque “la adopción del momento *ex post* en el juicio de peligro es consecuencia lógica de la definición objetiva del concepto de peligro y de su necesaria atribución al resultado. Esto significa que para comprobar si se ha producido o no un resultado peligroso es necesario tener en cuenta todas las circunstancias, sea cual sea el momento en el que se han producido, partiendo naturalmente del hecho de que el resultado lesivo, objetivo mediato de protección del tipo de peligro, no se ha verificado, de lo contrario estamos ante un delito de lesión”.⁶⁶

Pretender que el Derecho Penal proyecte sus drásticas consecuencias más allá de los límites descritos (lesión o peligro concreto) o que la *Vorfeldkriminalisierung* sobrepase tales barreras significaría simplemente, desde la perspectiva de un Derecho penal garantista, la perversión de la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del castigo penal, es decir, de que él es un instrumento de *ultima ratio* para la tutela de bienes jurídicos.⁶⁷

no sólo se justifica dogmáticamente desde el punto de vista de la imprescindibilidad del resultado, sino desde la misma estructura del peligro y su concepto. Obviamente, el peligro [que es un concepto de relación] no es algo abstracto o existente por sí mismo, sino algo que se predica de algo y con relación a algo: una acción peligrosa para el bien jurídico X, un resultado peligroso para el bien jurídico Y”.

⁶⁶ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 102, 124, 228 y *passim*; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 30 y *passim*; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 337 y ss. Pretender que los delitos de peligro concreto sean valorados según un juicio exclusivamente *ex ante* significaría convertir esos delitos de peligro concreto en supuestos de peligro abstracto-concreto o de aptitud.

⁶⁷ Proporcionada y necesaria será, así, como afirma MAZZACUVA (*Diritto penale e Costituzione, Introduzione al sistema penale*, 1997, p. 91 y 93), “la anticipación de tutela donde todavía el reclamo a una determinada ‘situación de hecho’ (peligrosa) permita concluir que la intervención penal no

De cualquier manera, no se puede poner en duda que el concepto de peligro y su legitimación es, por supuesto, uno de los temas claves (“emblemáticos”) del moderno Derecho penal, justamente porque está en el centro de la polémica relacionada con la “dimensión” (extensión y fundamentación) del *ius puniendi*. Ahora bien, además de emblemático es también problemático, porque no se puede ignorar que “los conceptos de lesión, peligro etc. son conceptos *relativos*, en el sentido de que dependen directamente del objeto de referencia”.⁶⁸ Un delito puede definirse como de lesión o de peligro, con relación al bien jurídico, que es, como ya señalamos, el objeto de referencia de la ofensa.⁶⁹

2. La tentativa idónea, la tentativa inidónea y el delito imposible como “bancos de pruebas” del modelo de delito como ofensa a un bien jurídico (= de la concepción del injusto fundado en el desvalor del resultado)

En la disciplina jurídica de la forma intentada del delito y asimismo del delito imposible reside un extraordinario “banco de pruebas” del modelo de delito como ofensa a un bien jurídico,⁷⁰ es decir, de la concepción del

sólo se fundamenta en una mera actitud subjetiva del sujeto, sino también que se evite sancionar una conducta ‘insignificante’ cuanto al su perfil ofensivo (...); si el recurso a la sanción penal es concebido correctamente como la *extrema ratio*, también el recurso a la tutela (penal) ‘avanzada’ debe necesariamente constituir la última de las posibles alternativas”.

⁶⁸ Cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 7.

⁶⁹ Así: ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 7.

⁷⁰ Sobre la tentativa y el delito imposible, tanto en España como en la literatura alemana e italiana cfr. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 39 y ss.; SOLA RECHE, *La llamada ‘tentativa inidónea’ de delito. Aspectos Básicos*, p. 1 y ss. En cuanto al delito imposible en el Derecho penal argentino: JUAN CABALLERO, *El delito imposible: la tentativa inidónea en el Derecho penal argentino*, p. 19 y ss.

injusto penal fundado primordialmente en el desvalor de resultado. Siendo así, resulta fundamental descubrir, en cada ordenamiento jurídico, la razón central de la punición de la tentativa idónea y, por otro lado, si se puede o no castigar la tentativa inidónea y el delito imposible.

La estructura y el tratamiento jurídico-penal de las categorías penales enunciadas revelan si la fuente de inspiración de un determinado sistema penal es reconducible a una concepción *subjetivista* o *sintomática* de delito o al modelo *objetivista*, fundado predominantemente en la concreta ofensa (lesión o puesta en peligro) al bien jurídico penalmente protegido.

Para la teoría *subjetiva* o *subjetivista*, en efecto, debe responder por delito intentado quien manifiesta una *voluntad* (o una inclinación) de practicarlo, y la sanción para esa forma intentada debe ser la misma de la consumación. Representa, indudablemente, no sólo una sanción “moralista”, como también una forma excesivamente anticipada de la tutela penal.⁷¹

Se distinguen tres tendencias:⁷² (a) una concepción subjetivista de la tentativa de carácter ‘etizante’ (por la manifestación de la voluntad de cometer el delito el sujeto debe ser castigado con la misma pena del delito consumado); (b) una concepción subjetivista-sintomática (el delito es un

⁷¹ Acerca de la evolución histórica de la teoría subjetiva cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 20 y ss., que señala constituir su fundamento el desvalor subjetivo de acción. Según la autora (p. 20-21), es una teoría que aparece patrocinada por la concepción subjetiva pura del injusto (ZIELINSKI) y fue reconocida, por influencia de VON BURI, por el Tribunal imperial alemán (*Reichsgericht*) en 1880. El nacionalsocialismo, después, adoptando el *Willensstrafrecht*, identificó la tentativa con la consumación (p. 30-31). La teoría subjetiva fue también reivindicada por el finalismo de WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 259 y ss., fundado en el injusto personal. Siguen aún esa línea subjetiva: la teoría de la alarma o de impresión (cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG*, v. II, p. 700 y ss.) bien como algunas teorías denominadas objetivas, pero fundadas en el desvalor de la acción o en la peligrosidad *ex ante* (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 329 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa del delito. Doctrina y jurisprudencia*, p. 32 y ss. y 385 y ss.; SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos Básicos*, p. 176 y 241 y ss.).

⁷² Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 384; TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 313 y ss.

síntoma de la peligrosidad individual); y (c) una concepción subjetivista extremadamente represiva (adoptada por el Derecho penal del nacionalsocialismo y mantenida en el actual Código Penal alemán –§§ 22 y 23–, que contempla la forma tentada del delito y la disminución tan sólo “facultativa” de la pena).⁷³

Por otro lado, para la teoría *objetiva* o *objetivista* la punibilidad de la tentativa está vinculada al efectivo peligro causado para el bien jurídico protegido y su sanción obligatoriamente es menor que la del delito consumado. Siguen esa línea objetivista (en cuanto a la estructura y al tratamiento sancionador de la tentativa) el Código Penal italiano (art. 56, que hace referencia a los “actos idóneos para cometer un delito” y “pena reducida” de uno a dos tercios) y el brasileño (art. 14, II y párrafo único, que dicen: “el delito es intentado cuando, iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente”; “se penaliza la tentativa con la pena correspondiente al crimen consumado, disminuida de uno a dos tercios”).

Al comentar la disposición legal brasileña, Nelson Hungria⁷⁴ afirmaba: “Según la teoría realista, decididamente adoptada por nuestro Código, no es concebible el delito sin la existencia de una actuación voluntaria que cause, al menos, una situación de peligro, una probabilidad de daño a un bien

⁷³ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG II*, p. 700 y ss., quién, después de alejar las teorías objetiva y subjetiva puras, concluye: “En principio, debe seguirse la teoría subjetiva, ya que lo que se castiga en la tentativa es la voluntad criminal exteriorizada. Pero este criterio debe completarse con la idea de la impresión que el hecho produce en la comunidad, porque sólo merece castigo una manifestación de voluntad que pueda minar la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico. El actual Derecho vigente, con la fuerte acentuación del comienzo de la realización del delito (§ 22), con la atenuación facultativa (§ 23, II) y con la posibilidad de prescindir de la pena para la tentativa inidónea por una burda falta de entendimiento del autor se entiende mejor desde el punto de vista de la teoría de la impresión”.

⁷⁴ Cfr. HUNGRIA (Nelson, *Comentarios al código penal*, v. I, t. II, p. 58). El Código Penal brasileño adoptó la doctrina objetiva: véase JESUS (Damásio E. de, *Direito penal-PG*, v. 1, p. 335).

jurídico penalmente protegido. Mientras no alcanza ese *minimum* de actuación objetiva, la voluntad criminal, desde el punto de vista jurídico-penal, *non est de hoc mundo...* El Código brasileño no adoptó la teoría *subjetiva* o *voluntarista*, que se satisface con la exteriorización de la voluntad inequívocamente dirigida al delito; tampoco la teoría *sintomática*, que se contenta con la manifestada peligrosidad subjetiva. Si ningún bien jurídico resulta efectivamente amenazado, el proyecto criminal, aunque perceptible *ab externo*, se agota en la esfera del pensamiento. No importa que el sujeto se haya revelado digno de ser temido o peligroso ... no puede someterse a una pena, pues ésta representa, primordialmente, un castigo, y no puede ser aplicada por el mal que ese es capaz de hacer, sino por el mal que realmente ha hecho”.

Con relación al Código Penal español de 1995 un gran sector de la doctrina entiende que ha hecho una clara opción en favor de una concepción objetiva de la tentativa⁷⁵ o mixta *objetivista-subjetivista*⁷⁶ y ello viene determinado por dos razones esenciales: (a) la primera y más importante es la expresa exigencia de que los actos realizados sean *objetivamente adecuados* para la producción del resultado, con lo cual es evidente que la sola voluntad del autor no basta para ‘colorear’ el sentido de un acto equívoco; (b) la segunda, de orden dogmático-sistemático, viene dada por la *supresión de la regla incriminadora de la tentativa inidónea y el delito*

⁷⁵ En ese sentido: CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español-PG*, v. I, p. 138-139, para quien lamentablemente se abandonó la corriente subjetivista; VIVES ANTÓN, *Comentarios a los artículos 15 y 16, Comentarios al código penal de 1995*, v. 1, coord. VIVES ANTÓN, p. 97 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 26.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al art. 16, Comentarios al código penal*, dir. RODRÍGUEZ MOURULLO... coord. JORGE BARREIRO, p. 75; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 656; JIMÉNEZ DÍAZ, *Comentarios al art. 16, Comentarios al código penal*, dir. COBO DEL ROSAL, p. 787; POLAINO NAVARRETE, *Comentarios al art. 16, Comentarios al código penal*, dir. COBO DEL ROSAL, p. 844.

⁷⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo código penal (AA.VV.)*, p. 115.

imposible (art. 52, ACP) que suministraba una base legal a los defensores de la idea de que la tentativa nacía sólo con la orientación de la voluntad de su autor, prescindiendo de la adecuación típica de la dimensión objetiva de su conducta, pues ese aspecto del problema únicamente era relevante para decidir si se castigaba como tentativa idónea o inidónea, pero no para optar entre la punición y la impunidad”.

Para la posición intermediaria (mixta) “es posible y necesario ver en la tentativa un desvalor de acción que, ciertamente, puede considerarse igual al del delito consumado; pero también hay un desvalor de resultado que es distinto al del delito consumado y menos dañino para el bien jurídico, motivo por lo cual debe reducirse la pena. El desvalor de resultado en la tentativa viene dado por la exteriorización de ciertos actos que objetivamente pueden constatarse orientados a dañar el bien jurídico, y hay que subrayar que orientados son los actos objetivos y no simplemente la voluntad”.⁷⁷

Según los defensores de la teoría objetiva de la tentativa, que es congruente con la premisa de que en la configuración del injusto penal la preeminencia la tiene el desvalor del resultado, “el elemento nuclear de la tentativa no lo es la resolución delictiva, sino la presencia de una acción peligrosa para el bien jurídico. Peligro que debe ser real, no meramente potencial o posible, esto es, un bien jurídico debe haber entrado en el radio de acción del comportamiento del sujeto, de modo que su lesión aparezca como probable”.⁷⁸

⁷⁷ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo código penal* (AA.VV.), p. 114.

⁷⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 26.

La configuración de la tentativa en el NCP ha pasado por un proceso de *objetivización*. Y ello se debe “no sólo a la desaparición en el nuevo Código de la mención expresa a la punibilidad de la tentativa – absolutamente– inidónea y al delito imposible (art. 52, ACP), sino sobre todo por la plasmación de dos referencias claramente objetivas. La primera alude a su propio concepto: practicando todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado; la segunda, no de menor importancia, por la referencia en la imposición de la pena al *peligro inherente* al intento. Ello impide la afirmación del merecimiento de pena sobre el exclusivo andamiaje del componente subjetivo del desvalor de acción”.⁷⁹

En lo que concierne a la *tentativa inidónea*⁸⁰ y al *delito imposible* cabe observar: no se pueden castigar en el Código penal italiano (art. 49),⁸¹ porque “la simple acción, aunque dolosa, sin la ofensa (daño o peligro) a un bien jurídico no es suficiente para dar vida al delito”, y tampoco en el

⁷⁹ Cfr. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo código penal* (AA.VV.), p. 389.

⁸⁰ En la práctica, como señala BACIGALUPO (*Lineamientos de la teoría del delito*, p. 155), “la tentativa no idónea puede presentarse en tres hipótesis diferentes: casos de falta de idoneidad de los medios utilizados, de falta de idoneidad del objeto y de falta de idoneidad del autor”. Sobre la imprecisión de la expresión “tentativa inidónea”, justamente porque todas las tentativas son, por definición, inidóneas, cfr. GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a la segunda edición del *Código Penal*, Tecnos, p. 28.

⁸¹ Pero, en una parcial concesión a la visión del delito como síntoma de peligrosidad, puede aplicarse medida de seguridad (libertad controlada) al autor de una tentativa imposible (cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 385).

brasileño (art. 17).⁸² En cuanto al Código penal español, el ACP permitía el castigo en las dos hipótesis enfocadas (art. 52.2).⁸³

Pero “por fin el CP de 1995 ha dado el esperado paso de renunciar a la punición expresa de estas conductas, que en la realidad práctica tenían una casi nula incidencia, y en cambio en el plano del Derecho penal formal contribuían a dar una imagen de hipertrofia de la importancia del ánimo del autor, como si ese fuera, por sí solo, fundamento bastante de cualquier decisión punitiva... Tanto la *tentativa ‘absolutamente no idónea’*, como la *tentativa irreal* y el *delito absolutamente imposible* constituyen casos de ausencia de desvalor de resultado. En estos supuestos se constata una total desconexión con la acción típica, falta la mínima relevancia para conmocionar a la sociedad y aconsejar la intervención del Derecho penal, pues es evidente que se tratará de acciones irrelevantes para el Derecho penal y, por lo tanto, no deben generar consecuencias punitivas.”⁸⁴ En

⁸² El artículo tiene la siguiente redacción: “*no se pune la tentativa cuando por ineficacia absoluta del medio o por absoluta impropiedad del objeto, es imposible consumarse el delito*”. Cfr. JESUS (Damásio E. de, *Direito penal-PG*, v. 1, p. 349), que sostiene que el Código Penal brasileño ha adoptado la teoría objetiva relativa, es decir, la impunidad sólo alcanza las hipótesis de falta de idoneidad absoluta. En caso de falta de idoneidad relativa, existe tentativa. Pero, a diferencia del sistema italiano, en los supuestos de absoluta falta de idoneidad de la acción o impropiedad del objeto, ni siquiera medida de seguridad es imponible. Véase aún: ZAFFARONI y PIERANGELLI, *Da tentativa (Doutrina e Jurisprudência)*, p. 66 y ss.

⁸³ Sobre la amplia aplicación jurisprudencial del art. 52.2, fruto de la reforma totalitaria de 1944, cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 11 y ss. El fundamento de la punición radicaba en la voluntad rebelde al ordenamiento jurídico (STS de 14 de mayo de 1977).

⁸⁴ Así no piensan los que aceptan el desvalor de la acción como fundamento único o preponderante del injusto penal (cfr., por ejemplo, WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 266). Para ellos hay supuestos de tentativa (no idónea, por ejemplo) en los que no existe la puesta en peligro (ex post) del bien jurídico, “con lo cual no sólo faltará el resultado estructural del delito en cuestión, sino también el propio desvalor de resultado (no hay ni lesión ni puesta en peligro del bien jurídico), con lo que la necesidad de pena existente será aún menor que en las tentativas que sí crearon tal peligro. Piénsese que el sujeto activo dispara y acierta a un sujeto que aparentemente dormía, pero que en realidad estaba muerto. En supuestos como éste (y también en otros menos claros en los que sí existe el bien jurídico) no sólo brilla por su ausencia el resultado típico previsto, sino también el propio desvalor de resultado, debido a la inexistencia de una puesta en peligro” (cfr. TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 181). En España son partidarios de la punición de la tentativa no idónea, incluso después del NCP: TORRES HERRERA, M. Rosa Moreno, *Tentativa de delito y delito irreal*, p. 263 y ss. (aunque criticando la denominación ‘tentativa no idónea, porque si

cambio, en la *tentativa idónea* y en la *relativamente inidónea* (así como el delito relativamente imposible) existe un desvalor de resultado punible”.⁸⁵

El pensamiento de la doctrina española, en suma, en su mayoría, estima que la tentativa absolutamente inidónea y el delito imposible no pueden punirse en el nuevo CP⁸⁶ porque en ambos casos no se aprecia un peligro objetivamente relevante para lesionar el bien jurídico protegido.⁸⁷ Debe acogerse positivamente, afirma Valle Muñiz,⁸⁸ “esta manifestación del principio de ofensividad de los ilícitos penales”.

la acción no es idónea entonces surge el delito irreal, que no es punible – cfr. *ob. ult. cit.*, p. 276 y ss.); GIMBERNAT ORDEIG, Prólogo a Segunda edición del Código Penal, *Tecnos*, p. 28. Son favorables a la punición de la tentativa relativamente inidónea: GONZALEZ CUSSAC, Comentarios al art. 62, *Comentarios al código penal de 1995*, v. 1, coord. VIVES ANTÓN, p. 369 y ss.; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal-PG*, p. 469; RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al art. 16, *Comentarios al código penal*, dir. RODRÍGUEZ MOURULLO, coord. JORGE BARREIRO, p. 77; JIMÉNEZ DÍAZ, Comentarios al art. 16, *Comentarios al código penal*, dir. COBO DEL ROSAL, p. 787.

⁸⁵ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Comentarios al nuevo código penal* (AA.VV.), p. 119-121. Para COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 656, incluso en los supuestos de falta de idoneidad relativa habría impunidad.

⁸⁶ Cfr. GARCÍA RIVAS, *El poder punitivo en el Estado democrático*, p. 89. En sentido contrario MIR PUIG (*Derecho penal-PG*, p. 346), que afirma: “La tentativa no idónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la falta de idoneidad y producirse por su virtud el delito... Se trata de un peligro abstracto, a diferencia del peligro concreto que concurre en la tentativa idónea. Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la ‘peligrosidad típica’ de la conducta”. La punición del peligro abstracto significa admitir la intervención del Derecho penal en hipótesis en las que concurre sólo el desvalor de acción y no el de resultado. Ello es inconcebible para quien (como en este trabajo) comparte la idea de que el injusto penal está fundamentado prominentemente en el desvalor de resultado.

⁸⁷ Ya en la vigencia del antiguo art. 52.2 resultaban difícilmente congruentes algunas interpretaciones subjetivistas: cfr. GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal, *Poder Judicial*, 1986, p. 19 y ss.

⁸⁸ Cfr. VALLE MUÑIZ, *Comentarios al nuevo código penal* (AA.VV.), p. 389. En el mismo sentido cfr. GARCÍA ARÁN, *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el código penal de 1995*, p. 40.

3. Incriminación de actos preparatorios y el “peligro de peligro” (= peligro concreto indirecto): delito “obstáculo” (*reati ostativi*), de preparación (*Vorbereitungsdelikte*), de “posesión” y de “sospecha”

La concepción del injusto penal como ofensa efectiva al bien jurídico protegido (que es donde se manifiesta la esfera de la libertad ajena) impide, como regla general, que la actividad estatal criminalizadora se articule antes de que haya, al menos, un principio de ejecución del ataque.⁸⁹

La incriminación de los actos preparatorios, constituyendo una forma extremada de adelantamiento de la “línea de defensa” de bienes jurídicos a momentos anteriores al de la tentativa, suscita, en consecuencia, graves problemas de legitimación, particularmente debido al potencial de conflictividad con principios considerados fundamentales en el Derecho penal (ofensividad, proporcionalidad, culpabilidad etc.).⁹⁰

El *acto es preparatorio* cuando “establece las condiciones idóneas para la ejecución de un delito planeado, teniendo en cuenta que debe, al menos, sobrepasar la mera planificación interna del hecho y que, como límite máximo, no debe haberse dado comienzo a la inmediata ejecución típica de la voluntad criminal, lo que constituiría ya una conducta de tentativa”.⁹¹

Actos ejecutivos, a su vez, “son sólo aquellos que, conforme al plan del autor, significan ponerse de inmediato o directamente a la realización del

⁸⁹ Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, t. I, p. 25.

⁹⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 282 y ss.

⁹¹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 57. Prácticamente en el mismo sentido véase MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 448: “Per atti preparatori si intendono le manifestazioni esterne del proposito delittuoso, che abbiano un carattere strumentale rispetto alla realizzazione, non ancora iniziata, di una figura di reato”.

hecho delictivo”.⁹² Para diferenciar la tentativa de los actos preparatorios, pese a la existencia de controversias,⁹³ podría ser adoptada la teoría objetivo-individual,⁹⁴ precisamente porque “principio de ejecución por hechos exteriores sólo se puede establecer sobre la base del plan del autor”.⁹⁵

En general los actos preparatorios son *penalmente irrelevantes*, es decir, no configuran actos de ejecución y por lo tanto están fuera del ámbito de incidencia de la sanción penal. Ello se debe: a) a la improbabilidad de la consumación del delito (alejamiento del momento de consumación del delito y modesta peligrosidad); b) a que la voluntad del sujeto puede cambiar o encontrar impedimentos.⁹⁶

Sin embargo, hay *excepciones*: de la tradición del Derecho penal forma parte la imposición del castigo a actos preparatorios en casos especiales, cuando concretas razones político-criminales preventivas así recomiendan.⁹⁷

⁹² El principio de la ejecución, de cualquier manera, “ha de delimitarse a partir de todos los aspectos constitutivos de la infracción: la materialidad del hecho, el contenido de injusto y el conjunto de datos típico-formales que la individualizan” (así: COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 646-647).

⁹³ Según la teoría objetiva pura la punibilidad de la tentativa se basa únicamente en la puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo; para la teoría subjetiva pura el fundamento penal de la tentativa es la voluntad manifestada contraria al derecho; la teoría ecléctica o mixta, llamada teoría de la impresión, es la adoptada por ejemplo por JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, v. II, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, p. 702-703. En España la opinión mayoritaria (Cobo/Vives, Rodríguez Mourullo etc.) acepta la teoría objetiva (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 327-328), que cuenta con las siguientes consecuencias: a) El principio de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva); b) La menor punición de la tentativa respecto de la consumación, ya que objetivamente es menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico; c) La impunidad de la tentativa absolutamente inidónea, porque no resulta objetivamente peligrosa.

⁹⁴ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 262-265.

⁹⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal*, v. II, p. 267-268.

⁹⁶ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 449.

⁹⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 647 y ss.

Lo que no se estima como aceptable, desde luego, es la contemplación del castigo para los actos preparatorios bajo una forma “generalizada”, esto es, en una cláusula general. Por ello la doctrina más autorizada censuraba y mantenía la inconstitucionalidad de la genérica incriminación de determinados actos preparatorios (conspiración, proposición y provocación para delinquir) que venía descrita en los artículos 3, 4 y 52 del antiguo Código Penal español.⁹⁸

El NCP español, de modo más ajustado a los postulados del principio de legalidad y taxatividad, restringe la punibilidad de la conspiración, proposición y provocación (y la apología) a los casos *especialmente previstos por la ley* (artículos 17.2 y 18.2).⁹⁹ De cualquier manera, no son pocas las incriminaciones (CP, arts. 141, 151, 168 etc.)¹⁰⁰ y las penas muchas veces no son proporcionales.¹⁰¹

La característica esencial del concepto de actos preparatorios reside en su *instrumentalidad*, es decir, son actos externos que, sin llegar al inicio de

⁹⁸ Cfr. VIVES ANTÓN, Estado de Derecho y Derecho penal, *Comentarios a la legislación penal*, t. I, p. 26; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 648.

⁹⁹ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE, *Lecciones de Derecho penal*, v. II, p. 260 y ss.; COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 649 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios a los artículos 17 y 18, Comentarios al código penal*, p. 80-81; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal-PG*, p. 463 y ss.; QUINTERO OLIVARES in *Comentarios al nuevo código penal* (AA.VV.), p. 122 y ss.; VIVES ANTÓN, *Comentarios a los artículos 17 y 18, Comentarios al código penal de 1995*, p. 103 y ss.; MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 331 y ss. En sentido crítico, entendiendo como más razonable la incriminación general, con matizaciones: SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 149 y ss. (y. 153). En cuanto a la interpretación jurisprudencial véase GARBERÍ LOBREGAT et alii, *Código penal: interpretación jurisprudencial y legislación complementaria*, p. 168 y ss. El Código penal brasileño sigue esa línea de exigirse una previsión típica especial (art. 31: “El ajuste, la determinación o instigación y el auxilio, a menos que haya disposición expresa en contrario, no son punibles, si el delito no llega al menos a ser tentado”). En el mismo sentido cfr. Art. 115 del Código penal italiano (véase MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 448 y ss.). En sentido diverso, en relación a delitos graves (*Verbrechen*): cfr. Código penal alemán, § 30.

¹⁰⁰ Así: SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, p. 152; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 282 y ss.

¹⁰¹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 61.

ejecución, sobrepasan la “*cogitationis poenan nemo patitur*” y están instrumentalmente vinculados a la realización de un supuesto típico. Dentro de la gran categoría de la “autónoma incriminación” de los actos preparatorios pueden ser diferenciados:

(a) el *delito obstáculo* (“*ostitivi*”), que cumple una función de “prevención” o de “impedimento” de la realización de otro delito. Son incriminaciones que anticipan la intervención (y la tutela) penal a momentos anteriores a la realización del peligro inmediato. Por eso son llamados “delitos de peligro de peligro”.

La doctrina italiana¹⁰² señala que junto a los delitos de peligro de incendio, inundación etc. el Código penal contempla los delitos de daños seguidos de peligro de incendio (CPI, art. 424, 1), de peligro de inundación (CPI, art. 427, 1), de peligro de naufragio (CPI, art. 429, 1), de peligro de accidente ferroviario (CPI, art. 431, 1) etc.

En los primeros la incolumidad pública es protegida directamente (peligro directo); en los últimos su protección se da de forma más anticipada, es decir, indirecta (peligro indirecto o “peligro de peligro”). Otros ejemplos: la instigación para cometer un delito contra el Estado (art. 302), la instigación pública o la apología (art. 303) etc.

En cuanto al CP español constituye un ejemplo el art. 585 [*“La provocación, la conspiración y la proposición para cualquiera de los delitos previstos en los artículos anteriores de este capítulo, serán castigadas con la pena...”*]. Como afirman Cobo del Rosal y Vives Antón¹⁰³, “las características particulares de ciertos bienes [independencia

¹⁰² Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 443.

¹⁰³ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 649.

del Estado y defensa nacional en el caso del artículo 585] justifican a veces un ‘adelantamiento de la línea de defensa’ pues por su especial carácter, pueden ya resultar amenazadas por actos de índole preparatoria, y el medio empleado para la preparación puede ser de tal naturaleza que llegue a determinar, con una probabilidad rayana en la certeza, la ejecución ulterior. Sólo en tales supuestos la legitimidad de la incriminación de los actos preparatorios parece ofrecer una consistencia suficiente”.

(b) los *delitos de preparación* (*Vorbereitungsdelikte*): hay delitos que requieren una intervención especialmente temprana porque de lo contrario la pena podría no tener ninguna eficacia. A esta idea, como señala Sánchez García de Paz,¹⁰⁴ “responden algunos delitos contra la seguridad del Estado, como la preparación de un delito de rebelión mediante la recluta de tropa (art. 475, CP); o, en el Derecho alemán, los §§ 83 (preparación de un delito de alta traición), 96 (el espionaje para revelar secretos de Estado), 316 (preparación de un ataque a aeronave) etc.”. Otros ejemplos en el Código penal español: la fabricación de los llamados “copiones”, art. 270.3, la fabricación de útiles para cometer una falsificación de moneda, efectos timbrados o documentos, art. 400 etc.;

(c) los *delitos de “posesión” o de “tenencia”*: son delitos en que el tipo legal no exige más que la “posesión” o “tenencia” de un objeto (de una cosa) como presupuesto de la sanción penal, aunque el autor no tenga proyectado un delito ulterior totalmente determinado. Pueden o no constituir un paso previo a otro hecho penal. Ejemplos en el Código penal español:¹⁰⁵ los delitos de la secc. 1.^a, Cap. V, Tít. XXII, relativos a tenencia,

¹⁰⁴ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 58.

¹⁰⁵ Citados por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 59.

tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (arts. 563 y ss.);¹⁰⁶ el art. 573, CP, que castiga esas conductas y otras similares cometidas por miembros o colaboradores de grupos terroristas; la tenencia de precursores para la elaboración de drogas (art. 371, CP); la punición –novedosa– de la mera fabricación, puesta en circulación y tenencia de los denominados “copiones” (art. 270, § 3.º), dispositivos que permiten la copia de programas de ordenador; el delito de fabricación y tenencia de útiles para cometer una falsificación de moneda, efectos timbrados o documentos (art. 400);¹⁰⁷

(d) los *delitos de “sospecha”*: un especial grupo dentro de los delitos de “posesión” está constituido por los denominados delitos de sospecha, que incriminan la posesión de una cosa bajo la presunción de que pueda ser utilizada en algún delito. La conducta es sancionada *in se*, porque constituiría, teniendo en consideración determinadas condiciones personales del sujeto, indicio de una posible intención de practicar algún delito. No existe un principio de ejecución de ese hipotético ilícito, sino la punición por una mera presunción de la intención de cometerlo. Un ejemplo sería el derogado art. 509 del ACP (tenencia de ganzúas u otros

¹⁰⁶ Para la doctrina mayoritaria se trata de un delito de peligro abstracto: cfr. PIEDRABUENA LEÓN, El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el nuevo código penal, *Actualidad Penal*, 1997, p. 479-482. En la jurisprudencia, sin embargo (cfr. GARBERÍ *et alii*, *Código Penal – Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria*, p. 1.368), se señala que “lo exigido es que el arma sea idónea para disparar” (STS de 12.12.1989); “...que el arma se encuentre en estado de funcionamiento” (STS de 10.04.1966); “...que esté en perfecto estado de funcionamiento de tal forma que cuando se acredite la falta de aptitud la acción es atípica” (STS de 17.01.1985). Cfr. aún SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal-PE*, p. 960-961. En cuanto a la doctrina y la jurisprudencia brasileñas, que también subrayan la necesidad de verificarse la potencialidad lesiva del objeto material del delito véase GOMES, Luiz Flávio y OLIVEIRA, William Terra de, *Lei das armas de fogo*, p. 77 y ss.

¹⁰⁷ Conforme a la doctrina de CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 284, “De lege lata, será necesario realizar una interpretación en el sentido apuntado por la STC 105/1989, en relación con el antiguo delito de tenencia de útiles para el robo, de exigir que se pruebe positivamente el destino inmediato al tráfico de drogas (art. 371), en un caso y para realizar algún supuesto de delito de falsedad, en el otro (art. 400 CP), sin que en ningún supuesto puedan castigarse como delitos de sospecha, infringiendo el principio de presunción de inocencia al invertir la carga de prueba”.

instrumentos destinados a la comisión de un robo).¹⁰⁸ Similar supuesto típico todavía existe en Italia (CP, art. 707) y en Brasil (LCP, art. 25).

Las hipótesis contempladas en último lugar más allá de vulnerar principios básicos del Derecho penal (ofensividad, por ejemplo) constituyen una categoría jurídico-penal con serias implicaciones procesales y constitucionales porque introducen en la descripción legal una presunción de que la cosa puede ser utilizada en la realización de un hipotético delito: y la inversión de la carga de la prueba exigida por el tipo penal es inconstitucional.¹⁰⁹

Si en la Sentencia n. 370/1996, la Corte Constitucional italiana declaró la inconstitucionalidad del artículo 708 del CPI (“posesión injustificada de valores”), reconociendo la falta de razonabilidad de la incriminación así como su “déficit” de taxatividad; si en la Sentencia n. 48, de 17.02.1994, ha reconocido la ilegitimidad constitucional del art. 12 *quinquies* de la Ley n. 356/92 (que incriminaba quien no tenía condiciones de justificar el legítimo origen de un bien) no se comprende como la misma Corte ha declarado la legitimidad del artículo 707 del CPI (“posesión injustificada de llaves alteradas o *grimaldelli*”), que contiene un supuesto de hecho revelador de un Derecho penal sintomático o preventivo, de cuño claramente autoritario y policial.

¹⁰⁸ La interpretación de los delitos de “posesión” como “puros” actos preparatorios y particularmente la interpretación del antiguo art. 509 (tenencia de útiles para el robo), “llevaba como consecuencia su concepción como delitos de sospecha en los que no era necesario ni probar que efectivamente se fueran a utilizar con la finalidad de cometer robos o falsedades, siendo suficiente su posesión sin poder probar su origen” (cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 282). La STC 105/1989, no obstante, declaró la inconstitucionalidad de esta interpretación del precepto de tenencia de útiles para el robo por suponer una inversión de la carga de la prueba que infringía el art. 24.2, C.E., de presunción de inocencia.

¹⁰⁹ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 447. La Corte Constitucional española consideró inconstitucional la interpretación del antiguo art. 509 que admitía la inversión de la carga de prueba (cfr. STC 105/1989).

La Corte en ese caso, así afirma con acierto Licia Laghi,¹¹⁰ “ha salvado un supuesto de hecho flagrantemente incongruente con el principio de ofensividad (así como con el principio *in dubio pro reo* ex art. 27.2, CI, *nemo tenetur se detegere* ex art. 24.2, CI y de materialidad ex art. 25.2, CI), legitimando una inaceptable anticipación del nivel de tutela mediante la incriminación de actos meramente preparatorios de eventuales sucesivos ilícitos penales”.

Toda incriminación en el ámbito previo configura una anticipación penal “*preventiva*” y tiene el propósito no de “reprimir” un delito cometido, sino de evitar la realización de conductas que puedan causar una situación al menos indirecta de peligro. El Derecho penal en éstos supuestos asume una finalidad propia del Derecho de policía o del Derecho Administrativo sancionador. Por tanto, sólo en vía de *excepción* (intervención mínima) está el legislador autorizado a utilizar el instrumento penal y asimismo cuando cumplidas unas condiciones esenciales.

En suma, una incriminación previa de los actos preparatorios sólo resultaría legítima cuando atendidos algunos requisitos mínimos (p. ej.): (a) incriminación específica, no genérica (principio de legalidad); (b) jamás puede ser criminalizado el ejercicio de las libertades constitucionales (derecho de reunión, de asociación,¹¹¹ de manifestación del pensamiento etc.);¹¹² (c) tutela de un bien jurídico de relevancia social reconocida (vida, integridad física, preservación *in extremis* de la sociedad o de las

¹¹⁰ LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.1997, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L'Indice Penale*, 1999, n. 1, p. 295.

¹¹¹ El artículo 39 de la Ley de Contravenciones brasileña, por ejemplo, vulnera claramente la limitación de no-incriminación de las libertades públicas. Dice: “Participar de asociación de más de cinco personas que se reúnen periódicamente bajo compromiso de ocultar de la autoridad la existencia, objetivo, organización o administración de la asociación”.

¹¹² Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 452.

instituciones esenciales al desarrollo de la personalidad etc.);¹¹³ (d) comprobación de la idoneidad lesiva de la conducta; (e) que el bien jurídico ingrese en el radio de acción de la conducta peligrosa,¹¹⁴ aunque indirectamente; (f) que el peligro resultante no sea exiguo o insignificante ni tampoco remoto; (g) que la sanción sea proporcional.

Lo que parece rechazable, desde luego, “es la incriminación generalizada de comportamientos preparatorios... la punición de actividades preparatorias de un delito en concreto debe atender a la importancia del bien jurídico protegido, y limitarse a conductas especialmente peligrosas en el ámbito previo de la tentativa, además de, como advertimos, siempre con una pena inferior a la señalada a ésta... las acciones en estado de preparación no deben ser punibles cuando son *incoloras* externamente”.¹¹⁵

Todas las hipótesis de incriminación de actos preparatorios que hemos visto y asimismo las exigencias contenidas especialmente en las letras “d” y “e” supramencionadas nos conduce a una aproximación al movedizo pero inevitable campo del denominado “*peligro concreto indirecto*”, al cual serían reconducibles también los delitos que cuentan con víctimas indeterminadas (difusas o colectivas), como podrían ser, por ejemplo, los

¹¹³ La legitimidad de la tipificación de actos preparatorios como delitos autónomos de ‘peligro’ dependerá de que realmente exista un bien jurídico merecedor de protección penal (cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 282). La protección anticipada del patrimonio o propiedad, en los artículos 707 del CPI y 25 de la LCP brasileña, por ejemplo, resulta constitucionalmente ilegítima, porque no se trata de un bien jurídico merecedor de una tutela anticipada indirecta.

¹¹⁴ Lo importante es que el comportamiento incriminado “cree una situación de peligro, por sí mismo, sin consideraciones sobre los ‘previsibles’ delitos, es decir, el castigo de comportamientos de esta clase sólo estará legitimado cuando impliquen una actividad peligrosa que supera ampliamente los niveles de riesgo permitido” (así CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 283). Ejemplo de actos preparatorios que están legitimados: art. 345, CP (apoderamiento, tráfico, transporte, tenencia de materiales nucleares sin la preceptiva autorización).

¹¹⁵ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 64.

delitos contra la salud pública,¹¹⁶ seguridad del tráfico etc. Bajo la categoría del peligro indirecto podrían ser enfocados, además, supuestos como el de posesión de drogas, de monedas falsas, el delito de asociación para delinquir etc.

En el Derecho penal del Estado de Derecho, pese a que ni el concepto de peligro¹¹⁷ ni tampoco los límites de su aceptabilidad¹¹⁸ están exentos de polémica y discusión, resulta indudable, *según la óptica de la necesaria ofensividad del delito*, que el peligro concreto constituye la barrera máxima de la intervención punitiva.¹¹⁹

Ahora bien, hay que distinguir el peligro concreto *directo* del *indirecto*.¹²⁰

Las dos formas de peligro concreto, según la doctrina, son *compatibles con*

¹¹⁶ Cfr. PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 58 y ss. y infra en éste Cap. V, n. 5. En cuanto a la configuración de algunos delitos contra la salud pública según la fórmula “lesión-peligro” cfr.: ARENAS RODRIGANEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 165, que afirma: “... las infracciones del artículo 346 [hoy 363] del Código Penal son delitos de lesión para la sanidad pública y salud de los consumidores y de peligro para la salud y vida individuales”. La salud pública como interés difuso o colectivo comprende un número indeterminado de personas. Cuando se identifica una víctima concreta el delito pasa a ofender un interés individual. Véase aún DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 163 y ss. y especialmente p. 326 y ss. El peligro para indeterminadas personas es el que sería reconducible al concepto de peligro indirecto.

¹¹⁷ Sobre los conceptos de peligro cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 49 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 21 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 113-119.

¹¹⁸ Cfr. GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, RIDPP, 1986, p. 689 y ss.

¹¹⁹ Cfr. supra en éste Cap. V, n. 1. La lesión y el peligro concreto configuran las ofensas particularmente significativas para el Derecho penal. Para otras modalidades de ofensa el sistema de control cuenta con otros conjuntos normativos: así MOCCIA, *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, p. 181. Sobre las críticas contra el peligro concreto véase PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 85 y ss.

¹²⁰ La admisibilidad del peligro *indirecto* en Derecho penal es un tema ciertamente controvertido. Pero, no es desdeñable el enorme sector de la doctrina que lo admite: cfr. GRISPIGNI, *Diritto penale italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*, p. 77; MANZINI, *Tratado de Derecho penal*, v. II, p. 88; ANTOLISEI, *Manuale de Diritto penale-PG*, p. 232. Contra: ROCCO, *L’Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 331-332. Entiende que el peligro concreto indirecto vulnera el principio de ofensividad CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, *Costituzione, Diritto e processo penale*, AA.VV, 1998, p. 154 y ss, pero no es esa la orientación mayoritaria, ni tampoco la que aquí estamos defendiendo. Sobre la compatibilidad del peligro indirecto con el principio de ofensividad cfr.: MARINUCCI y DOLCINI,

el principio de ofensividad, porque exigen un *plus* más allá de la mera comprobación judicial de la idoneidad ofensiva (peligrosidad) de la conducta,¹²¹ pero estructuralmente no se identifican: “el peligro indirecto (también llamado de eventual) es diferente del peligro directo (efectivo) porque éste es un peligro de un daño y aquél es un peligro de un peligro; de acuerdo con Carrara, el indirecto es un peligro ‘*appreso*’ (no inminente) y no presenta un estado de hecho que revele la inminente violación del derecho; el directo es un peligro ‘*corso*’ que revela la inminente violación de un derecho”.¹²²

De cualquier modo, en todas las hipótesis de peligro *indirecto*, la incriminación o punición (de los actos anteriores a la tentativa, v.g.) sólo resulta legítima: (a) si hay un efectivo “contacto” entre la conducta

Corso de Diritto penale, p. 451; MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 234. Los que conciben la categoría del peligro indirecto suelen afirmar que él “expresa una actitud lesiva más atenuada que el directo: por ello, para que se cumpla el principio de proporcionalidad, sólo se justifica el peligro indirecto para la tutela de bienes primarios, los más relevantes” (cfr. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo, Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 444). Véase aún ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 179 y ss.; GRASSO, *L’anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, RIDPP*, 1986, p. 697; FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo, Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 444.

¹²¹ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 234; MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 451; MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 226.

¹²² Cfr. ROCCO, *L’Oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, p. 313. La distinción para ANTOLISEI (*Manuale de Diritto penale-PG*, p. 232) es la siguiente: “Mientras el peligro efectivo [directo] consiste en la probabilidad de un evento dañoso, el peligro eventual [indirecto] no es más que un peligro de un estado de hecho simplemente peligroso”. MANZINI (*Tratado de Derecho penal*, v. II, p. 88), por su turno, afirma: “En algunos delitos la ley no considera el peligro como directamente amenazador para el bien jurídico protegido, sino como indirectamente insidioso, esto es, como peligro de que ocurran hechos directamente peligrosos para el bien mismo. En tales hipótesis se tiene solamente un *peligro de peligro*”. Integran la noción de los delitos de peligro indirecto los delitos “*ostativi*” o “*délits obstacles*” (cfr. en ese sentido MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 443) o aún los “delitos de escopo” (cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 226). Como sancionan actos anteriores a la tentativa, sólo en casos excepcionales son legítimos.

peligrosa y el bien jurídico;¹²³ (b) si la sanción es proporcional al grado no inmediato (“lejano”, que no significa “remoto”) de peligro.¹²⁴

Lo que caracteriza fundamentalmente el *injusto penal*, como vimos en las páginas anteriores y según la concepción aquí adoptada, es la exigencia de un *desvalor de resultado*, es decir, de una lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico. Expresado en otras palabras: para la intervención penal siempre será indispensable una “afectación” del bien, esto es, un “contacto” entre la acción peligrosa y el bien protegido, que no existe, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto (en cualquier de sus modalidades).

No obstante, el problema que emana de la *conditio sine qua non* mencionada consiste en saber ¿cuál sería el “grado” necesario del mencionado “contacto”?

Los delitos de peligro, bien afirma Torío López,¹²⁵ “nunca reclaman un grado determinado, un coeficiente matemático exacto de peligrosidad del comportamiento. La acción ha de ser incuestionablemente peligrosa, pero su grado de peligrosidad no puede ser preestablecido por el legislador; [ahora bien] La tipicidad no se agota en el juicio de pronóstico sobre su idoneidad para lesionar los bienes jurídicos, sino que esencialmente radica en si la acción está en contradicción con la norma base del tipo penal. Lo

¹²³ La exigencia de un “contacto” entre la conducta peligrosa y el bien jurídico en todos los delitos denominados “*di scopo*” (cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 226) aleja la censura de que son delitos “sin ofensa a bienes jurídicos”. Ahora bien, no basta para su legitimación la comprobada ofensividad (el “contacto” referido). Fundamental también es la naturaleza primaria del bien y la proporcionalidad entre el hecho y la sanción penal.

¹²⁴ Son constitucionalmente ilegítimas, en razón de vulneración al principio de proporcionalidad, las normas que incriminan actos preparatorios vinculados a bienes jurídicos de categoría no suficientemente elevada. Ejemplo: la tutela indirecta del patrimonio individual (cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 453).

¹²⁵ Cfr. TORÍO LÓPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 842.

que el juez ha de decidir es si esa acción se encuentra jurídico-penalmente prohibida. Esta decisión no es posible adoptarla en el plano del ser, sino en el del deber ser”.

Considerando la naturaleza *normativa* (valorativa) del peligro en general y del indirecto en especial, es ineludible que cabe al juez, en cada situación concreta, descubrir si ha existido realmente una situación de riesgo para el titular (o titulares) del interés afectado, que son evidentemente distintos del autor del delito. Y no cabe argumentar que ello esté revestido de inseguridad, porque será el juez quien delimitará cada situación concreta. Todos los conceptos normativos en Derecho penal dependen de una valoración del juez (el peligro, el peligro concreto, el inicio de ejecución de un delito, la omisión punible etc.).

En suma, para la punibilidad del hecho, es fundamental que el objeto de tutela (y del ataque) realmente haya entrado en el “*radio de la acción*” *peligrosa*¹²⁶ y que la lesión se muestre concretamente probable. Binding¹²⁷ ya afirmaba que los delitos de peligro presuponen la posibilidad del “contacto” entre acción y objeto de protección. De ello se extrae una importante consecuencia: en la hipótesis de que éste (el objeto de protección) no pueda (o no ha podido concretamente) entrar en el radio de efectividad del acto está excluida la tipicidad. Ocurre lo mismo cuando el autor ha procedido pertinentemente a adoptar medidas que excluyan de antemano la posibilidad del peligro concreto.

¹²⁶ Porque sin ello no existe peligro concreto: cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 123.

¹²⁷ Cfr. BINDING, apud Cfr. TORÍO LÓPEZ, *Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)*, ADPCP, 1981, p. 842.

Si el Derecho penal existe para la protección de bienes jurídicos, sin que haya una cierta “*commoción*” o *perturbación* o *afectación* concreta del bien o interés tutelado por la norma penal, es decir, sin la presencia de una aguda situación de “*crisis de existencia* o de *integridad* del bien jurídico” (Demuth),¹²⁸ no se puede hablar de un legítimo castigo “penal”. Hace falta, por lo tanto, en cada situación concreta, no sólo la individualización del bien protegido por la norma, que debe ser de relevancia reconocida, sino también la existencia de una conducta peligrosa que haya afectado de alguna manera ese bien.

*El delito de tenencia de armas prohibidas o sin licencia (arts. 563 y ss., CP), por ejemplo, no puede ser interpretado literalmente, formalmente, sino conforme un sentido teleológico garantista (material). El referido delito resulta acreditado “siempre que, en el caso concreto, se probase positivamente la existencia de ese elevado nivel de riesgo que legitima su existencia, es decir, que la falta de autorización no sea el único factor determinante para la sancionabilidad del comportamiento”.*¹²⁹

Ahora bien, aunque “modesto” el grado de peligro o de amenaza efectiva en las situaciones de *peligro indirecto* (de ahí la necesidad de siempre analizarse en las situaciones concretas la posibilidad de aplicación del criterio restrictivo de la *insignificancia*, en razón de la naturaleza exigua

¹²⁸ Las referencias a la posición de DEMUTH están en RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 36 y ss.

¹²⁹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 283. Comentando el art. 345, CP (El que se apodere de materiales nucleares...) MORALES PRATS (*Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, dir. QUINTERO OLIVARES, AA.VV., p. 921) afirma: “La mera ausencia de la autorización administrativa (con relación a la realización de cualquiera de las conductas descritas en el tipo) no será punible si no afecta, de forma alguna, al bien jurídico tutelado. En este sentido, la doctrina se muestra crítica cuando se pretende utilizar el Derecho penal para la tutela de meras funciones administrativas para penalizar así la mera infracción formal de normas de seguridad; con ese proceder queda soslayado el principio de ofensividad propio de la intervención jurídico-penal”.

del riesgo), la verdad es que él existe concretamente, siempre que se establezca el necesario “contacto” entre la situación peligrosa y el objeto de protección. Por ello es que las normas que lo contemplan son, en principio y como ya se ha proclamado anteriormente, *compatibles con el principio de ofensividad*.¹³⁰

De cualquier manera, conviene recordar que la *legitimidad* del peligro indirecto es, según la perspectiva de la ofensividad, *excepcional* y siempre estará implicada la grave cuestión de la *necesidad de la intervención penal* o, en su caso, la *proporcionalidad de la pena*,¹³¹ que es el “verdadero banco de prueba de la legitimidad constitucional” de tales normas, que incriminan hechos más o menos “lejanos” de la efectiva lesión.

Será imprescindible, por consiguiente, no sólo examinar si el recurso al Derecho penal es adecuado (principio de subsidiariedad, fragmentariedad), sino también si el grado de peligro no es “ínfimo” (principio de insignificancia) o mismo “remoto” (exclusión de la punibilidad, en razón del principio de fragmentariedad), tal como ocurre, con frecuencia, en las incriminaciones “*doblemente indirectas*” (es decir, peligro de peligro de peligro de una lesión).

Un ejemplo en el derecho italiano: la fabricación de “filigrane” es un peligro de fabricación de la “carta filigranata”, que consiste en un peligro

¹³⁰ Véase supra en éste Cap. V, n. 3.

¹³¹ Sobre el principio de proporcionalidad y particularmente los aspectos de la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, cfr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, La proporcionalidad de la norma penal, *Cuadernos de derecho público*, 1998, p. 159 y ss. Cfr. aún AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, *passim*; STUMM (Raquel Denize), *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*, p. 76 y ss.; BARROS (Suzana de Toledo), *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 67 y ss.

*de falsificación de monedas, que constituye un peligro de colocación en circulación.*¹³²

En los delitos que tutelan bienes supraindividuales (contra la salud pública, p. ej.), como veremos, si se consideran los bienes jurídicos personales mediatos que constituyen (según la concepción personalista del bien jurídico) el fundamento de la norma, son muchas las hipótesis de peligro “doblemente indirecto”.

El efectivo tráfico de estupefacientes, por ejemplo, puede ser concebido como un delito de lesión al bien jurídico supraindividual (salud pública)¹³³ y al mismo tiempo representar un peligro concreto indirecto para los bienes individuales involucrados. Ahora bien, la simple tenencia de la droga para tráfico, desde esa perspectiva, sería un peligro de peligro indirecto (o doblemente indirecto). De la misma naturaleza es la tenencia de armas.

Si la legitimidad del *peligro indirecto* ya es muy excepcional, la del *doblemente indirecto* es extraordinariamente excepcionalísima. Por lo tanto, sólo bienes jurídicos muy fundamentales para el desarrollo de la personalidad (vida, p. ej.) autorizaría una incriminación claramente “alejada” de la lesión. Y además: en cada situación concreta, cabe el examen de la razonabilidad de la intervención penal.

De todos modos, también se presenta el problema de la proporcionalidad de la pena. En las situaciones concretas aún existe la posibilidad de

¹³² Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 445 y 451-455. La pretensión de castigar actos preparatorios de actos preparatorios es ilegítima: así CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 286.

¹³³ Cfr. ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 144 y ss. Con relación a los delitos económicos: TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 36.

reconocerse que el peligro producido ha sido exiguo, ínfimo (cuando entonces será alejada la tipicidad, en razón del criterio de insignificancia).

Un peligro sólo *remoto*, de cualquier modo, existe en el peligro abstracto y/o presunto¹³⁴ o en el peligro potencial o posible (hipotético o abstracto-concreto etc.).¹³⁵ En todas esas hipótesis el injusto se fundamenta exclusivamente en el *desvalor de la acción* (es decir, en la comprobación *ex ante* de la peligrosidad o idoneidad del comportamiento).

Es justamente en ello donde reside la diferencia entre tales hipótesis de peligro *remoto* y el peligro concreto *indirecto*, puesto que en éste último, más allá de la comprobación de la peligrosidad de la conducta (desvalor de la acción), es indispensable la verificación de un efectivo *contacto* entre la acción peligrosa y el bien jurídico. No basta la simple idoneidad lesiva de la conducta, es fundamental constatar una efectiva *perturbación* o *afectación* del bien jurídico, aunque no de forma directa. Con razón ya se ha proclamado: “en el caso de que la posibilidad del contacto entre acción y objeto de protección se encuentre excluida surge una situación formalmente correlativa a la de la tentativa imposible por inexistencia o ausencia del objeto material. No es posible por ello hablar de consumación pese a la coincidencia formal del comportamiento con la descripción típica”.¹³⁶

Los delitos de peligro concreto indirecto, en suma, requieren no sólo que la acción por sus propiedades materiales sea peligrosa para el objeto de protección (subsunción formal de la acción al tipo), sino también que el

¹³⁴ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, p. 191-192.

¹³⁵ Cfr. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, *RIDPP*, 1986, p. 689 y ss. y especialmente p. 716 y ss., que subraya la generalizada utilización de los delitos de peligro, sea en razón de la “abstracción” del bien jurídico, sea en consecuencia de los bienes intermedios (*Zwischenrechtsgüter*).

¹³⁶ Cfr. TORÍO LÓPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 843.

juez verifique en la situación concreta (según un juicio *ex post facto*) si ha ocurrido algún tipo de contacto, aunque mediato, entre la acción y el bien jurídico, es decir, ha de plantear la hipótesis de si la acción indiscutiblemente peligrosa (desvalor de acción) ha determinado, aunque no inmediatamente, sino al menos indirectamente, un resultado peligroso (desvalor de resultado).

Por otro lado, la diferencia entre peligro concreto *directo*, peligro concreto *indirecto* y todas las hipótesis de peligro *abstracto* (“*stricto sensu*”, delitos de aptitud, peligro hipotético, abstracto-concreto etc.), atañe al grado de peligro o a la intensidad de la amenaza que experimenta el bien jurídico en cada una de las situaciones.¹³⁷ Para la consumación del delito de peligro *abstracto* basta el peligro que es admitido genéricamente por el legislador, es decir, el “*remoto*” o la comprobación de la peligrosidad de la conducta. En otras palabras: basta el desvalor de la acción, no es preciso que el bien jurídico entre en el radio de acción del comportamiento; es prescindible la afectación concreta del bien jurídico.

La consumación del delito de peligro *concreto*, por su lado, exige necesariamente un riesgo *próximo* al bien jurídico, que puede ser inmediato (*directo*) o mediato (*indirecto*). Pero, en ambas las hipótesis, el bien jurídico entra en el radio de acción del comportamiento peligroso, es decir, resulta concretamente afectado (se verifica “un efecto separable de la acción” o un desvalor del resultado).

Las fórmulas que el legislador utiliza para expresar cada una de esas categorías son diversas. Y es cierto que muchas veces ninguna referencia se

¹³⁷ Sobre los criterios de distinción entre peligro abstracto y concreto cfr. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 341 y ss.

hace a la modalidad del ataque. Por tanto, el tipo penal es importante para hacer la distinción, pero no es todo. Fundamental es reconducir teleológica e interpretativamente todos los delitos, aunque no expresen literalmente cualquier contenido lesivo, para el modelo de la necesaria ofensividad, incluso porque no hay delito sin resultado jurídico (sin lesión o peligro de lesión al bien jurídico). El principio básico consiste, por lo tanto, en que sólo el peligro concreto permite legítimamente la reacción penal. El remoto está (o debería estar) fuera del Derecho penal.

Una conclusión que se extrae de lo expuesto es la siguiente: el concepto de consumación del delito ya no puede tener relación con la vieja clasificación que distingue entre delitos materiales, formales y de mera actividad. Esta es una clasificación importante para la configuración del tipo penal,¹³⁸ pero no colma enteramente el contenido del momento consumativo. Un delito está consumado cuando el bien o interés resulta concretamente “afectado” (*nullum crimen sine iniuria*). Una cosa es la valoración del hecho para advertir la realización “formal” del tipo penal y otra, la valoración de lo que la afección representa para el bien jurídico, es decir, el grado de afección que, en términos de peligro, sufre el objeto protegido: un peligro más o menos próximo, más o menos grave etc.¹³⁹

Si las figuras típicas no siempre expresan de forma taxativa e indiscutible la modalidad de peligro, no hay como dejar de concluir que la distinción entre una u otra modalidad no puede residir en un criterio meramente “formal”, atendiendo a si el tipo de que se trate aluda expresamente, o no,

¹³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 272.

¹³⁹ Cfr. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 342.

al peligro.¹⁴⁰ Las alusiones expresas, además, a menudo dan lugar a diversas interpretaciones. Por ello, de las interpretaciones posibles, la “material” debe siempre contar con primacía. No basta así comprobar la calidad peligrosa de la acción (su aptitud para afectar el bien jurídico), es menester la verificación de la proximidad del riesgo con relación al objeto de protección.

Esta proximidad “puede provenir de la propia conducta del autor (que se verifica en una etapa lo suficientemente cercana al bien jurídico como para crear el peligro [concreto inmediato o mediato]), como de la actividad de los propios portadores del bien jurídico protegido (cuya aproximación al radio de la acción peligrosa habría que esperar para entender consumado el delito); y puede ser exigida, bien de un modo expreso (exigiendo un resultado de puesta en peligro del bien jurídico), bien tácitamente (mediante el empleo de expresiones equivalentes). En todo caso, no basta, pues, la sola aptitud lesiva del objeto o de la conducta para integrar un supuesto de esta clase, sino que es preciso que dicha aptitud se conjugue con hechos que la convierten en una aptitud próxima para ocasionar una lesión al bien jurídico protegido”.¹⁴¹

Ahora bien, en las hipótesis en que el Derecho penal no sea el medio proporcional de reacción (adecuado y necesario), porque lo que se pretende es una anticipación excesiva de la tutela, no será el caso de dejar el bien jurídico merecedor de protección sin protección de ninguna especie: el Derecho administrativo sancionador existe justamente para la salvaguardia subsidiaria de tales bienes.

¹⁴⁰ Esa es la razón por la cual ESCRIVÁ GREGORI (*La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, p. 73) distingue entre peligro explícito e implícito.

¹⁴¹ Cfr. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 344.

4. De la incompatibilidad entre los delitos de peligro abstracto y el principio de ofensividad

El delito de peligro (pero especialmente el de *peligro abstracto*) se ha convertido en los últimos decenios en la técnica legislativa de tipificación preferida del legislador para llevar a cabo una exagerada política criminal de anticipación de la tutela penal, esto es, de criminalización en el ámbito previo.¹⁴² Su legitimidad en un Derecho penal de cuño liberal y garantista es, no obstante, objeto de una interminable controversia.¹⁴³

No son pocas ni tampoco desdeñables las *objecciones* que la doctrina penal ha suscitado contra esa creciente utilización de la técnica legislativa asociada a la configuración del delito como *peligro abstracto*.¹⁴⁴ Sin

¹⁴² Estos delitos aparecen con profusión en los sectores del Derecho penal moderno o de la “sociedad de riesgos”: delitos socioeconómicos, contra el medio ambiente, tráfico de estupefacientes, tráfico rodado, manejo de sustancias peligrosas, energía nuclear etc. (cfr. *supra* Cap. II y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 37 y ss.). Es el “hijo predilecto” del legislador en la expresión de LACKNER, citado por RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 3. Aún sobre la profusión de los delitos de peligro, cfr. la últ. autora citada, p. 3-10.

¹⁴³ Cfr. BARBERO SANTOS, Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto, *ADPCP*, 1973, p. 487. Véase aún RIZ, *Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa, L'Indice Penale*, 1983, p. 496-499; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 330 y ss. En cuanto a la ilegitimidad del peligro abstracto en Derecho penal cfr. MOCCIA, *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, p. 185. En lo referente a la constitucionalidad del peligro abstracto en el Derecho penal contravencional véase SPASARI, *Fatto e reato nella dommatica del codice e della costituzione*, *RIDPP*, 1991, p. 1.120 y ss.

¹⁴⁴ Cfr. *supra*, Cap. I. Para una perspectiva crítica del Derecho penal del peligro véase HERZOG, *Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales: Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro*, *Poder Judicial*, 1996, p. 79 y ss.. Cfr. aún MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 3 (y particularmente p. 54). Estiman que el peligro en Derecho penal debería ser siempre concreto: SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 291 y ss.; MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 161-163; RAPOSO FERNÁNDEZ, *La expansión de la punición “simbólica” y los principios tradicionales del Derecho penal*, *La Ley*, 1998, D-238, p. 1567; MUÑOZ CONDE, *El*

embargo, no se puede dejar de reconocer que otra parte de la doctrina defiende su legitimidad,¹⁴⁵ fundamentalmente por razones de prevención general.¹⁴⁶ Sólo proclaman que sean observados ciertos presupuestos: descripción precisa del comportamiento, coligación entre la descripción típica y el bien jurídico y una cierta compensación resultante de la extensión de la criminalización (en la pena, en la especificación clara de la modalidad de la acción etc.).¹⁴⁷

En cuanto a los delitos de *peligro concreto* (en los cuales la situación de peligro más allá de constituir un requisito —explícito o implícito— del tipo, debe ser constatada por el juez concretamente, sancionándose la conducta exclusivamente en el supuesto de que realmente se produzca un efectivo riesgo para el bien jurídico) prácticamente no existe censura sobre su

“moderno” derecho en el nuevo código penal. Principios y tendencias, *La Ley*, 1996, D-184, p. 1.339.

¹⁴⁵ En éste sentido la Recomendación n. 9, en el XIII Congreso Internacional de Derecho Penal de la AIDP (Cairo, 1984): “El empleo de tipos delictivos de peligro abstracto es medio válido para la lucha contra la delincuencia económica”. Cfr. también KINDHÄUSER, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, p. 449 y ss., que señala: “la protección de bienes jurídicos en Derecho penal económico mediante delitos de peligro abstracto es fundamentalmente legítima cuando se trata de garantizar espacios de libertad de acción individual”.

¹⁴⁶ Así STRATENWERTH, SCHÜNEMANN, KUHLEN, todos citados por MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 7. Cfr. aún TIEDEMANN, Presente y futuro del Derecho penal económico, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, p. 40; KINDHÄUSER, Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, p. 441 y ss.; OTTO, El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, 1995, p. 453 y ss; MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 460 (que fundamentan la legitimidad del peligro abstracto cuando el estado de conocimiento científico deja sospechar una general peligrosidad de una clase de conductas); AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 161 (quien cita la posición favorable a la tesis del peligro abstracto del Tribunal Constitucional alemán); OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ADPCP*, 1990, p. 6.

¹⁴⁷ Pero, como veremos enseguida, desde la perspectiva del principio de ofensividad ninguna forma de peligro abstracto resulta admisible. Ni siquiera de forma excepcional hay espacio para el peligro abstracto dentro del Derecho “penal” que concibe el injusto penal como ofensa a un bien jurídico (es decir, a una libertad ajena).

legitimidad y la técnica de tipificación,¹⁴⁸ salvo que haya un recurso indiscriminado.¹⁴⁹

La interminable polémica, conviene reiterar, reside en el ámbito del delito de *peligro abstracto*, donde los indicios de peligrosidad son dados por el legislador¹⁵⁰ y muchas veces *iuris et de iure*.¹⁵¹ En este caso, se afirma que el peligro no pertenece a las características del tipo, sino que representa la “*ratio essendi*” o el motivo del precepto; es la razón que ha orientado al legislador –*ratio legis*– a criminalizar la conducta.¹⁵² El legislador declara como típicas determinadas conductas que estadísticamente o de forma

¹⁴⁸ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 211 y ss.; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 337 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 37.

¹⁵⁰ “... une telle obligation de vérification n'existe plus à l'égard des comportements dont la charge de danger est légalement présumée (mise en danger tout à fait abstraite)... Res in se damnum habet” (véase HENNAU/VERHAEGEN, *Droit pénal général*, p. 137-138).

¹⁵¹ Sobre la posible censura de inconstitucionalidad y el conflicto de los delitos de peligro abstracto con la concepción realista del delito véase GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, RIDPP, 1986, p. 706.

¹⁵² Sobre las distinciones entre delito de peligro concreto y abstracto cfr.: ESCRIBA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, p. 69-72, que particularmente entiende preferible la distinción entre delitos de peligro explícito y delitos de peligro implícito (p. 72-74); DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 330 y ss.; GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, RIDPP, 1986, p. 697; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 58 y ss.; VALENTI, *Principi di materialità e offensività. Introduzione al sistema penale*, AA.VV., 1997, p. 249; BARBERO SANTOS, *Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto*, ADPCP, 1973, p. 489 y ss.; HENNAU/VERHAEGEN, *Droit pénal général*, p. 137-138; GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 123 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 14 y ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 50 y ss. MAQUEDA ABREU, *La idea de peligro en el moderno Derecho penal: algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992*, Actualidad Penal, 1994, p. 486, que señala: “Hemos afirmado ya en páginas precedentes que el peligro abstracto se configura como una cualidad de la acción determinable *ex ante*. En estos delitos, la norma jurídico-penal se limita entonces a una valoración de la capacidad de la acción para perturbar el bien jurídico que pretende tutelar. Es decir, en los delitos de peligro abstracto, el legislador se conforma con la adecuación de la acción para lesionar un bien jurídico todavía incierto, en tanto que no se exige su contacto con la acción de un autor ni siquiera su presencia concreta en el radio de acción de éste... Por el contrario, en los delitos de peligro concreto sí es exigencia legislativa la constatación positiva –*ex post*– del peligro, pues su estructura típica requiere ya de la presencia de un bien jurídico concreto en una situación de riesgo efectivo”.

general se muestran como peligrosas, sin exigir la comprobación concreta en cada caso. La conducta es peligrosa *per se* o *ex re*.¹⁵³

El peligro abstracto, en su formulación “pura”, nada más representa que la mera descripción de una conducta que el legislador supone ser peligrosa. Son los llamados “delitos puros de peligro abstracto” o “de mera conducta peligrosa” o “de peligro abstracto en sentido estricto”.¹⁵⁴ Para optimizar la defensa de algunos bienes jurídicos, él anticipa la tutela penal al momento de la acción y prescinde por completo de la producción de cualquier resultado (es decir, de cualquier “contacto” entre la conducta y el bien jurídico). *Para una “mejor” protección del bien jurídico, según la concepción del Derecho penal aquí mantenida, no se puede prescindir del bien jurídico.*

Para salvar la categoría del *peligro abstracto*, es decir, con el claro propósito de dotarlo de un cierto contenido substancial lesivo, aunque mínimo, y superar las críticas de su ilegitimidad, diversas orientaciones

¹⁵³ En eso reside el principal problema de los delitos de peligro abstracto, puesto que el tipo puede contemplar conductas que no importan una vulneración a un injusto penal materialmente considerado. El típico ejemplo del antiguo art. 32 de la LCP brasileña (conducir sin permiso) bien revela que el legislador puede contemplar como peligrosa *ex ante* una conducta que en la práctica no revela más que una infracción administrativa.

¹⁵⁴ La terminología utilizada para expresar las diversas modalidades de peligro abstracto, incluso cuando enfocado estrictamente, es muy diversificada. De cualquier manera, y sobre todo en Italia, conviene observar que la doctrina distingue entre peligro *abstracto* (la peligrosidad de la acción –su aptitud– debe ser comprobada judicialmente o el juez se limita a verificar su conformidad con el tipo penal) y peligro *presunto* (que no admite ninguna prueba en sentido contrario). Sobre la distinción entre tales categorías y asimismo sobre la ilegitimidad constitucional del peligro presunto véase GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 386 y ss.; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 112 y ss; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, Costituzione, Diritto e processo penale*, AA.VV, 1998, p. 158. Para FIORE (El principio de offensività, *L'Indice Penale*, 1994, p. 280) la presunción de peligro sólo es inconstitucional cuando no admite prueba en sentido contrario. Véase aún sobre la distinción entre peligro abstracto y presunto: MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 225; PETRINI, *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*, p. 57. En razón de las críticas de ANTOLISEI al peligro abstracto es que se prefiere hablar de peligro presunto (*apud* ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, p. 69).

teóricas han sido formuladas, con diferentes “expedientes correctores”:¹⁵⁵

(a) adoptándose una presunción de naturaleza *iuris tantum*; (b) consideración del peligro como “hipotético”; (c) la construcción del llamado “peligro abstracto-concreto”; (d) la concepción del peligro *potencial* (delitos de aptitud o *Eignungsdelikte*); (e) exigencia de un “peligro de resultado” –que no significa un “resultado de peligro”– semejante a la infracción del cuidado debido de los delitos imprudentes (Brehm, Horn);¹⁵⁶ (f) la técnica de los tipos de “carga semántica” o “cargados” etc.¹⁵⁷

El primero reside en considerarlo no como una presunción *iuris et de iure* sino *iuris tantum*, es decir, admitiéndose la posibilidad de prueba en contrario de la ausencia de peligro.¹⁵⁸ Es precisamente lo que admite

¹⁵⁵ Cfr. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 334 y ss.

¹⁵⁶ Cfr. sobre las propuestas de HORN o BREHM in ROXIN, *Derecho penal-PG*, v.1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 408.

¹⁵⁷ Con la expresión “tipos cargados”, “he querido hacer referencia a una técnica de construcción de los tipos de peligro abstracto que ha tenido bastante eco y difusión en la doctrina italiana (...) En este marco señala la existencia de tipos de peligro abstracto caracterizados por la ‘carga semántica’ de los elementos que los constituyen dentro de los que incluyen los artículos 430 y 438 del Código Penal italiano, que utilizan términos como el de desastre ferroviario o epidemia” (Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 171-172). Cfr. aún sobre los “expedientes correctivos” del peligro abstracto: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 45-46. La efectiva peligrosidad de la conducta, según RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 339, puede reconducirse a la exigencia de infracción del deber objetivo de cuidado. Para una referencia general a las teorías “correctivas” del peligro abstracto véase aún MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 53 y ss.

¹⁵⁸ La propuesta de inversión de la carga de la prueba fue formulada, entre otros, por SCHÖRER (cfr. TORÍO LOPEZ, *Los delitos de peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto*, ADPCP, 1981, p. 826), en una línea ya propugnada por RABL. Es interesante observar como ZAFFARONI (*Manual de Derecho penal-PG*, p. 474), al rechazar la distinción entre delito de peligro concreto y abstracto, ha subrayado el aspecto procesal de la distinción: “En realidad, no hay tipos de peligro concreto y de peligro abstracto –al menos en sentido estricto–, sino sólo tipos en los que se exige la prueba efectiva del peligro corrido por el bien jurídico, en tanto que en otros hay una inversión de la carga de la prueba, pues realizada la conducta se presume el peligro hasta tanto no se pruebe lo contrario, circunstancia que corresponderá pruebas al acusado. Se trata de una clasificación con relevancia procesal más que penal ‘de fondo’”. Sobre la inversión citada cfr. aún GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 125 y 141 y ss. En sentido crítico: ROXIN, *Derecho penal-PG*, v.1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 408, que también no concuerda con la

Gómez Pavón, por ejemplo, con relación al delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas.¹⁵⁹

El planteamiento natural que está presente en esa forma de considerar los delitos de peligro abstracto consiste en reconocer una posible vulneración al principio de presunción de inocencia,¹⁶⁰ según lo cual corresponde a la parte acusadora el deber de probar la culpabilidad del infractor, es decir, la acción lesiva o concretamente peligrosa y la correlativa afección del bien jurídico protegido.¹⁶¹

Otra forma de (re) interpretar los delitos de peligro abstracto fue llevada a cabo por Torío López,¹⁶² que distingue tres especies dentro de la categoría: (a) los delitos consistentes en la violación de reglas ético-sociales o ético-religiosas (la propaganda de medios anticonceptivos, v.g., donde son punibles); (b) los delitos de desobediencia, de policía o injustos administrativos (la conducción de vehículos a motor sin el debido permiso era un ejemplo) y (c) los delitos de peligro hipotético, en los que el tipo

propuesta de CRAMER de la "probabilidad de un peligro concreto", que acaba desembocando en un peligro concreto.

¹⁵⁹ Cfr. GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 142-143, que afirma: "Aunque el delito lo sea de peligro abstracto, sancionándose la mera realización de una conducta, sin tener que demostrar el efectivo riesgo concreto, no por eso cualquier conducción bajo esas circunstancias tiene por que ser considerada delictiva (...); cuando se compruebe que en el caso concreto a juzgar, *jamás* pudo existir peligro para éste, debemos excluir la punición, ya que sólo acciones capaces de poder poner en peligro un bien jurídico protegido deben ser consideradas delictivas, a no ser que se quiera pensar que el delito es una mera infracción de un deber. Por tanto, es necesario que la acción sea *adecuada* para poder poner en peligro la seguridad del tráfico (...) será necesario admitir la posibilidad de prueba sobre la adecuación de la acción, es decir, sobre la idoneidad de la conducta para crear un riesgo a un bien jurídico protegido (...) la presunción no debe ser *iuris et de iure*, que debe evitarse en la medida de lo posible, sino que, repetimos, debe admitir prueba en contrario".

¹⁶⁰ Cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, v.1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 408; GOMES (Luiz Flávio, *Estudos de Direito penal e processo penal*, p. 76 y ss.) y la bibliografía citada sobre el principio de presunción de inocencia.

¹⁶¹ Cfr. GOMES (Luiz Flávio, *Estudos de Direito penal e processo penal*, p. 110 y ss.).

¹⁶² Cfr. TORÍO LOPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 827 y ss.

reclama una acción apta para producir un peligro del bien jurídico como elemento material integrante del tipo de delito (sería el caso del abandono de niños, cohecho activo, falso testimonio, amenaza simple, algunos delitos contra la salud pública etc.). Según el citado autor, la propuesta de prescindir legislativamente de los delitos de peligro abstracto no podría extenderse a los delitos de “peligro hipotético”.¹⁶³

Una doctrina ulterior, expuesta por Schröder en el X Congreso Internacional de Derecho Penal (Roma, 1969), intentó crear una tercera categoría de delito (delitos de peligro “abstracto-concreto”), es decir, un *tercius*: “se trata de delitos en los que atañe al juez (y no al legislador) la constatación del peligro, lo que los aproxima a los delitos de peligro concreto, pero el juez no ha de considerar todas las circunstancias del caso concreto y constatar la peligrosidad en ese caso, sino que ha de calificar la acción como peligrosa abstrayéndose de las circunstancias del caso concreto... el juez ha de realizar una expresa constatación de la aptitud lesiva de la conducta”.¹⁶⁴

Con base en que el peligro en unas ocasiones se halla relacionado con la “conducta” misma (“aptitud de la acción”) mientras que en otras se supone un elemento ulterior independiente, surge entonces la diferenciación entre peligro concreto y peligro “potencial”: al peligro *potencial* pertenecerían

¹⁶³ Cfr. TORÍO LOPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 828.

¹⁶⁴ Cfr. referencias a la posición de SCHRÖDER en RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia* p. 17 y ss. Véase aún: GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 338 y ss. y particularmente p. 424 y ss., donde el autor expone su posición en el sentido de que no es una presunción de peligro efectivo la que fundamenta el desvalor de los delitos de peligro abstracto, sino la peligrosidad general, normal, inherente al hecho. Esa peligrosidad no dispensa una verificación en cada caso concreto. La mayoría rechaza la posición intermedia de SCHRÖDER, considerándola como delito de aptitud o peligro abstracto (cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 19).

las situaciones en que el tipo penal hace referencia a la *aptitud* de la conducta para la producción de una lesión.¹⁶⁵

Con ello, todos los delitos de peligro abstracto podrían ser reconducidos a dos categorías:¹⁶⁶ (a) “tipos en los que la peligrosidad de la conducta va implícita en la descripción típica, en los que la valoración de su aptitud lesiva general es llevada a cabo por el legislador...; (b) tipos en los que se incorporan elementos normativos de aptitud, que deben cumplirse para que la conducta sea típica, cuya constatación corresponde al juez y respecto de los cuales será necesaria la imputación subjetiva”.¹⁶⁷ Ahora bien, “si ese elemento de aptitud estuviera formulado de tal forma que lo que el tipo exige no es la idoneidad lesiva general de conducta, sino una concreta puesta en peligro, estaríamos ante delitos de peligro concreto”.¹⁶⁸

Desde la óptica del principio de ofensividad, pienso que podríamos estimar como absolutamente rechazables todas las hipótesis de peligro abstracto (delitos “puros” o de peligrosidad potencial). En cuanto a los delitos de

¹⁶⁵ Cfr. ESCRIVA GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, p. 130-131. El peligro potencial, de cualquier modo, no se identificaría con el peligro indirecto: aquel tiene por fundamento exclusivamente el desvalor de la acción (dotada de peligrosidad); este reclama también un desvalor de resultado (efectiva afección del bien jurídico, aunque no inmediata). En la categoría de los delitos de peligro “indirecto”, como dicen MARINUCCI y DOLCINI (*Corso de Diritto penale*, p. 443), “el legislador anticipa la tutela penal a un estado anterior a la causación del peligro: incrimina comportamientos que sólo indirectamente ponen en peligro la integridad del bien, porque causan peligro de verificarse no una lesión, sino una situación sólo peligrosa a tal bien; se habla entonces en peligro indirecto, o peligro de peligro”.

¹⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 20.

¹⁶⁷ A esta segunda categoría serían reconducibles los tipos penales que ANGIONI (*Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, p. 109 y ss.) denominó de “cargados”, que son tipos de peligro abstracto caracterizados por una “carga semántica” de los elementos que los constituyen. Dentro de ellos se incluyen los artículos 430 y 438 del Código penal italiano que utilizan términos como el de desastre ferroviario o epidemia: “los conceptos descriptivos usados por el legislador para delinear el tipo están tan cargados de significado que es difícil imaginar un hecho típico que no sea al mismo tiempo concretamente peligroso o lesivo para el bien jurídico tutelado. Cfr. referencias a los “tipos cargados” in MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 171 y ss.

¹⁶⁸ Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 20.

peligro abstracto “*stricto sensu*”¹⁶⁹ consistentes en la violación de reglas éticas o “con función meramente organizativa”, es decir, no orientados a la protección de bienes jurídicos (porque serían casos de injusto meramente formal¹⁷⁰ o mera desobediencia a un deber), desde luego, son claramente prescindibles dentro de un Derecho Penal de las libertades y de la proporcionalidad.

Tampoco serían aceptables como legítimas categorías penales las demás formulaciones del peligro abstracto: delitos de peligro “potencial”, hipotéticos, “abstractos-concretos” o de “aptitud”, en los cuales el tipo incluye “elementos de aptitud lesiva de la acción” (que el juez ha de constatar en cada caso concreto).¹⁷¹

Para adaptarse a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-penal, especialmente la exigencia de antijuridicidad material, “los delitos de peligro abstracto han de ser expresión de un peligro *real* para bienes jurídicos, lo que se traduce en la exigencia de la efectiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, como atributo de la acción, siendo absolutamente irrelevante que *ex post* se produzca o no peligro concreto”.¹⁷²

La afirmación de que “la efectiva peligrosidad *ex ante* de la conducta, como atributo de la acción” legitima los delitos de peligro abstracto,

¹⁶⁹ A rigor no se debería hablar en delitos de peligro abstracto por que “sólo los delitos de peligro concreto son, por eso, auténticos delitos de peligro. Frente a estos tenemos los delitos de peligrosidad (o de riesgo), en los que, como ya se ha dicho, lo que les caracteriza no es un resultado de peligro, sino la peligrosidad de una conducta... Los tradicionalmente denominados ‘delitos de peligro abstracto’, estrictamente considerados son delitos de peligrosidad abstracta, porque no es el resultado de peligro sino la peligrosidad de una conducta el contenido de la abstracción” (cfr. HIRSCH, *Derecho penal I. Obras completas*, p. 72-73).

¹⁷⁰ En ese sentido RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 340.

¹⁷¹ En sentido contrario véase MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 421; TORÍO LÓPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 828 y ss.

¹⁷² Cfr. RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 338.

dotándoles de la “antijuridicidad material”, en éste trabajo no es compartida. La necesidad de establecer firmes descripciones con determinación concreta del bien jurídico y la forma de ataque (principio de ofensividad) —evitándose abstracciones y vaguedades— es un imperativo político-criminal que impide la construcción típica del peligro abstracto, que no exige la demostración de ninguna especie de peligrosidad de la acción porque el legislador introduce una presunción absoluta de riesgo,¹⁷³ o que exige sólo un peligro “potencial” (delitos de aptitud) o que utilizan técnicas intermedias entre el peligro abstracto y el peligro concreto.¹⁷⁴

Si se considera que el delito de peligro, a diferencia de lo que ocurre con los delitos que exigen una efectiva lesión al bien jurídico, se consuma en un momento anterior a ese menoscabo efectivo (se habla, por ello, de un adelantamiento de las barreras de protección), es de fundamental importancia no olvidar la advertencia de Angioni¹⁷⁵ en el sentido de que “cuanto más crece la anticipación de la tutela, más tiende a disminuir la peligrosidad de la conducta típica y, por tanto, la probabilidad de ocasionar la lesión al bien jurídico”.

De lo que acaba de ser expuesto podemos concluir que en el *marco del Derecho penal de la ofensividad* la anticipación de la tutela penal no puede superar los límites infranqueables de una mínima ofensividad al bien jurídico tutelado demostrada y reconocida en cada caso concreto. Es verdad que el elemento primero en todos los delitos, incluso en los de peligro,

¹⁷³ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 161 y ss. En el sentido de que el peligro concreto responde a una correcta técnica de tipificación en los delitos contra la seguridad en el trabajo, medio ambiente y fraudes alimentarios cfr. PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, CPC, 1989, p. 746 y ss.

¹⁷⁴ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 207 y ss.

¹⁷⁵ ANGIONI, *apud* MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 57.

viene integrado por el desvalor de acción, pero legítimamente no se puede eliminar de esa categoría el elemento primordial del desvalor del resultado. La acción es relevante en Derecho penal en cuanto es creadora de riesgos para el bien jurídico tutelado.

Ocurre que en los delitos de peligro *abstracto*, en los cuales no se exige ninguna verificación concreta de la peligrosidad para el bien protegido, el injusto acaba agotándose en un puro desvalor de acción.

En estos casos la falta total y absoluta del desvalor del resultado representa una quiebra inadmisibile del principio de ofensividad y, en consecuencia, del límite máximo de la anticipación de la tutela penal dentro del Estado de Derecho de los derechos fundamentales. Es contradictorio que para conseguirse una mayor eficacia en la protección de los bienes jurídicos se llegue hasta el extremo de prescindir de los mismos o de prescindir de su necesaria ofensividad en el momento de la configuración del injusto penal. Para los casos de ausencia de afectación concreta al bien jurídico, otras ramas del ordenamiento jurídico pueden ser suficientes (subsidiariedad del Derecho penal).

El límite “máximo” de la criminalización en el ámbito previo reside, así, tal como vimos en los apartados anteriores,¹⁷⁶ en el peligro *concreto*, puesto que su compatibilidad con el principio de ofensividad es incuestionable en la medida en que exige un “contacto” entre la conducta peligrosa y el bien jurídico u objeto del ataque.

La refutación definitiva de los delitos de peligro abstracto, en todas sus modalidades, encontraría apoyo, por otro lado, también en una clásica

¹⁷⁶ Cfr. en éste Cap. V, n. 1 y 3 *supra*.

aportación de Binding,¹⁷⁷ que distingue tres modalidades de normas: (a) las normas –prohibiciones (*Verbote*) o mandatos (*Gebote*) que impiden la producción de modificaciones en el mundo jurídico (resultados lesivos); (b) las normas que prohíben las acciones que suponen un peligro de un resultado lesivo; (c) las normas que de forma remota pretenden neutralizar resultados no deseables (mera desobediencia normativa).¹⁷⁸

En la medida en que se reclama, tanto en los delitos de lesión como de peligro, la efectiva posibilidad de un “contacto entre acción peligrosa y objeto de protección”, se concluye que en ambas categorías de delito no basta la mera desobediencia a la norma (conducta “formalmente” antinormativa), sino la producción de un resultado lesivo o peligroso, es decir, un menoscabo real o un riesgo concreto al bien jurídico.

Si se considera, en un Estado de Derecho y de las libertades, la imperiosa necesidad de comprobarse judicialmente tanto la peligrosidad de la acción como el resultado jurídico desvalioso, se llega entonces a las cuatro dimensiones del modelo de delito adoptado en éste trabajo que son: (a) una *dimensión lógica* resultante del principio *nullum crimen sine lege* (subsunción de la conducta a la figura típica); (b) una *dimensión ofensiva* resultante del principio *nullum crimen sine iniuria* (producción de un resultado lesivo o peligroso al bien jurídico tutelado, que es consecuencia del “contacto” entre la acción y el bien jurídico); (c) una *dimensión probatoria* (comprobación judicial de la peligrosidad de la acción y así mismo de la afección del bien jurídico); (d) una *dimensión axiológica o normativa o valorativa* (la tipicidad reclama una acción formalmente

¹⁷⁷ Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, p. 111 y ss.

¹⁷⁸ Una exposición sintetizada de la aportación de BINDING puede ser encontrada en TORÍO LOPEZ, *Los delitos del peligro hipotético* (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 828 y ss.

adecuada al tipo, una concreta afección del bien jurídico comprobada según un juicio *ex post* y un desvalor tanto de la acción como del resultado).

Las cuatro dimensiones que acaban de ser descritas están presentes tanto en el delito de lesión como en el delito de peligro concreto (sea directo o indirecto). En cuanto a los delitos de *peligro abstracto en sentido estricto* únicamente tendríamos la presencia de una de las citadas dimensiones (la lógica = subsunción formal de la conducta al modelo legal); ya en los delitos de *peligro potencial* (de aptitud, hipotético o abstracto-concreto) tendríamos tres dimensiones (lógica, probatoria y axiológica).

Como se ve, en los últimos casos no se evidencian todas las dimensiones imprescindibles para la configuración de un hecho penalmente punible,¹⁷⁹ incluso porque el peligro penalmente relevante debe necesariamente comprometer la estabilidad del objeto de protección o, de cualquier modo, “provocar una conmoción (*Erschütterung*) a la seguridad de su existencia”. En el caso de que el objeto de protección no pueda entrar en el radio de efectividad del acto queda excluida la tipicidad.¹⁸⁰

La exigencia de que la acción sea concretamente peligrosa, de cualquier modo, es condición necesaria pero no suficiente. No basta, así, “que queden comprobadas las propiedades de la acción que permiten considerarla apta o idónea para producir, en su caso, un peligro real para el objeto de protección”. No es todo la coincidencia formal entre la acción y la

¹⁷⁹ En sentido contrario, entendiendo que el delito de peligro abstracto es constitucionalmente legítimo cfr. COSTA (José Francisco de Faria, *O perigo em Direito penal*, p. 635 y ss.). La tesis de la inconstitucionalidad del peligro abstracto fue progresivamente perdiendo adeptos: cfr. FIANDACA, La tipizzazione del pericolo, *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 454 y ss. Pero, bajo la perspectiva de que el principio de ofensividad cuenta con asiento constitucional, el momento es adecuado para recuperarla.

¹⁸⁰ Ese es el pensamiento de BINDING, apud TORÍO LOPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 842.

descripción típica ni tampoco la mera verificación judicial de la idoneidad de la acción para la producción de un peligro. Lo que se reclama es un *plus* ulterior a la acción idónea, que consiste en la comprobación de un resultado jurídico (= desvalor del resultado).

Para el Derecho Penal de la ofensividad, en síntesis, no es suficiente ni la coincidencia formal entre acción y descripción legal (peligro abstracto), ni la ejecución de la acción aunque sea idónea para producir un peligro al bien jurídico (peligro potencial). No satisface el “peligro posible”, pues se reclama una probabilidad de lesión. Es preciso acreditar siempre la peligrosidad de la acción (desvalor *real* de acción) y la probabilidad de un resultado lesivo (desvalor *real* de resultado, no sólo *potencial*). Delito de peligro, en suma, es tan sólo el de peligro concreto. Los denominados delitos de peligro abstracto o de peligro potencial no son propiamente delitos de peligro, sino delitos de peligrosidad (abstracta o concreta).¹⁸¹

Desde el paradigma del Derecho penal de las libertades y garantías individuales, por otro lado, el peligro abstracto merece incontables reparos:¹⁸² entra en contradicción no sólo con el principio de ofensividad y su contenido de injusto material (antijuridicidad material), sino también con otros principios fundamentales como son, por ejemplo, el de culpabilidad (en virtud de las presunciones), legalidad (en razón de la amplia descripción típica), exclusiva protección de bienes jurídicos (y su papel político-criminal y dogmático), subsidiariedad y fragmentariedad (intervención mínima), proporcionalidad etc.; y además, disminuye las posibilidades de defensa, soslaya también la cuestión de la causalidad como

¹⁸¹ Cfr. HIRSCH, *Derecho penal I. Obras completas*, p. 72 y 82 y ss.

¹⁸² Cfr. sobre las críticas que siguen SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 41-47.

elemento del tipo, facilita la imputación del delito sin la observancia de garantías, no reconoce la distinción material básica entre infracción penal y administrativa, sanciona delitos sin víctimas, utiliza bienes jurídicos de amplio espectro etc.

Por otro lado, “no parece que la seguridad sea un criterio lo suficientemente válido como para legitimar una técnica que presenta tantos problemas y, además, que no puede estar reñida con la realidad... No se puede pretender que los delitos de peligro abstracto cumplan una función reguladora –como está sucediendo en muchos casos–, no se puede pretender regular el desarrollo ordenado de determinadas actividades peligrosas exclusivamente a través de ellos. No es ésta la función propia del Derecho penal y, sobre todo, no lo es a costa de la violación de los principios que lo legitiman”.¹⁸³

La interpretación teleológica y restrictiva del delito de tráfico de drogas, que debe entenderse hoy por hoy prácticamente consagrada en la jurisprudencia penal española,¹⁸⁴ puede ser referida como un verdadero *leading case* en la tendencia de ir introduciéndose límites (barreras infranqueables) al ámbito de lo punible en un Derecho Penal de la ofensividad. La idea de que el delito de tráfico de drogas es de peligro abstracto y que el objeto de tutela es la salud pública es ampliamente compartida. No obstante, en razón de su marcado carácter *instrumental*, no se espera, para efectos penales, que la droga venga a causar una efectiva lesión o un peligro para una persona en concreto (individualizada).

¹⁸³ Cfr. MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 161-162.

¹⁸⁴ Cfr. MAQUEDA ABREU, *Jurisprudencia penal y interpretación teleológica en materia de drogas*, *La Ley*, 1998, p. 1.553.

Es el peligro que ella representa para los potenciales consumidores lo que lleva al legislador a utilizar una técnica legislativa más que discutible frente a un Derecho Penal “liberal”, porque, en virtud de la literalidad del tipo legal, para la consumación del delito, bastaría la mera y alejada posibilidad de una afección al bien jurídico para afirmarse su contrariedad a la norma penal. El legislador, teniendo en cuenta exclusivamente la peligrosidad de la acción, supone su idoneidad para menoscabar el bien jurídico. Son delitos en que se pretende castigar una conducta valorada como peligrosa según la experiencia general. Desde la perspectiva de un Derecho “protector de bienes jurídicos” la abstracta adecuación de la conducta a la descripción legal ya sería suficiente para la incidencia del castigo.¹⁸⁵

Si bien es verdad que el legislador, en su “furia legislativa”, no siempre cumple el principio de ofensividad en el momento de la incriminación de la conducta, particularmente en temas en los que está presente un recurrente efecto simbólico, no se puede decir que sea esa la postura del intérprete y del aplicador de la ley. De lo expuesto se concluye: aunque no resulte estrictamente observado el *nulla lex sine iniuria*, debe prevalecer en el momento interpretativo y aplicativo el *nullum crimen sine iniuria*.¹⁸⁶

*Por ello, la jurisprudencia ha entendido que “es necesario que el peligro para la salud pública... se encuentre realmente presente en la acción para que ésta incluya en sí el contenido de antijuridicidad material y la adecuación al tipo necesaria para su ilicitud penal”.*¹⁸⁷

¹⁸⁵ Cfr. STS de 17.11.1997.

¹⁸⁶ Cfr. infra Cap. VI, n. 1.

¹⁸⁷ Cfr. STS de 28.12.1996. En el sentido de la interpretación jurisprudencial mencionada cfr. JOSHI JUBERT, *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368, CP (Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*, p. 42: “En definitiva, la peligrosidad y gravedad de dichas conductas debe verse en el hecho de poder afectar a la salud de un número indeterminado de individuos, lo que puede poner en grave peligro la realización de los principios básicos de

Partiendo del paradigma de la ofensividad, que significa idoneidad concreta de la acción más “contacto” con el bien jurídico protegido, el Tribunal Supremo ha ido construyendo una irrefutable jurisprudencia en el sentido de “delimitar la tipicidad penal”, especialmente en los casos de incriminación del favorecimiento del consumo ilegal de drogas, que presenta situaciones sólo “formalmente” típicas, como en la “tenencia o posesión cuando no esté acreditado su destino al tráfico”¹⁸⁸ o en la “donación e invitación entre adictos o de consumo compartido”.¹⁸⁹ Dejando de lado las soluciones dogmáticas “formalistas” que veían en esos supuestos ejemplos típicos de tráfico de drogas, con el tiempo “ha ido afianzándose una línea doctrinal que, invocando esa exigencia material de que resulte afectada aunque sólo sea en abstracto la salud pública, concluye afirmando la atipicidad de conductas tales como la de quien poseyendo una pequeña cantidad de droga para su consumo ‘hace partícipe de ella, de modo ocasional, a otros consumidores como él’ (STS de 25.01.1995 y de 28.10.1996), ‘porque falta evidentemente el substrato de antijuridicidad’ (STS de 21.01.1998 y de 22.01.1998), ‘por no existir posibilidad de facilitación o promoción del consumo por personas indeterminadas’ y ‘porque el peligro generado para la salud es meramente individual’ (STS de 27.05.1994), siempre que ‘el consumo se propicie en

organización de los individuos y de la convivencia en sociedad. El carácter penal del bien jurídico a proteger impedirá incluir en el tipo aquellas conductas que, a pesar de ser formalmente adecuadas a él, no sean creadoras de un riesgo penalmente relevante, por ejemplo, por tratarse de conductas socialmente adecuadas, o mejor, es este ámbito, socialmente toleradas, o por ser el riesgo insignificante o riesgo permitido. En todos estos casos nos hallaremos frente a conductas atípicas”.

¹⁸⁸ Sobre el delito de tenencia de estupefacientes para consumo personal en Argentina y las críticas a su incriminación cfr. TERRAGNI, Tenencia de estupefacientes para consumo personal, RDPC, 1992, p. 653 y ss.

¹⁸⁹ “Ciertamente, a efectos penales, el autoconsumo, así como determinados consumos ajenos asimilables a aquel, por ejemplo, el consumo compartido, deben estimarse atípicos –por lo menos desde la perspectiva de los delitos contra la salud pública–, por varios motivos” (cfr. JOSHI JUBERT, Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP (Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales), p. 107).

*un recinto o círculo cerrado, que no exista contraprestación alguna como consecuencia de esa donación y que el consumo se produzca en presencia de quien a la vez es consumidor y donante' (STS de 28.03.1995 y de 23.11.1996) ”.*¹⁹⁰

Ahora bien, una vez concebido el delito como lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico y delineada la diferencia material entre el injusto “penal” (Derecho Penal) y el injusto “administrativo” (Derecho administrativo sancionador), siendo que el último sí admite el ilícito de mera desobediencia o simple violación de una norma,¹⁹¹ incluso porque contempla la acción más como *mala quia prohibita* que *prohibita quia mala*, la consecuencia natural en términos político-criminales (y, desde luego, también interpretativos) consiste en propugnar la *desaparición* del peligro abstracto del Derecho “penal”,¹⁹² precisamente porque entra en conflicto con la concepción “constitucional” del delito como ofensa a un

¹⁹⁰ Cfr. MAQUEDA ABREU, Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas, *La Ley*, 1998, p. 1.554. Interesa señalar que el Tribunal Supremo en su preocupación de minimizar las amplias y desproporcionadas posibilidades punitivas que ofrece la redacción legislativa, también aplica otros principios, como por ejemplo el de proporcionalidad, para entonces distinguir los varios grados de participación en el hecho, los grados de preparación y ejecución del delito, las calificaciones típicas etc. (cfr. MAQUEDA ABREU, ob. ult. cit., p. 1.555 y ss.).

¹⁹¹ Entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, como bien afirma SILVA SÁNCHEZ (Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, *Actualidad Penal*, 1998, p. 442), “hay algún género de diferenciación cualitativa; Como se ha indicado, el Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así, cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo... No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial. Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto”. Sobre las distinciones entre la sanción penal y la administrativa cfr. DOLCINI, Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione, *Diritto penale in trasformazione*, 1985, p. 371 y ss.

¹⁹² Cfr. JESUS (Damásio E. de), *Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do código de trânsito (lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*, p. 26;. Contra la técnica legislativa del peligro abstracto véase MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 161 y ss.

bien jurídico,¹⁹³ bien como con la finalidad del Derecho penal que es la de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Lo anterior, sin embargo, no significa que el bien jurídico merecedor de tutela deba quedar sin protección o que el legislador no esté autorizado nunca a utilizar la técnica del peligro abstracto. Puede utilizarla, pero, en los estrechos límites del Derecho administrativo sancionador que, por supuesto, no necesita siempre que la conducta específica sea concretamente lesiva¹⁹⁴ y que naturalmente autoriza la anticipación de la tutela en una dimensión mucho más alejada del ataque concreto al bien jurídico.

5. La protección de los bienes jurídico-penales supraindividuales y el principio de ofensividad

Los bienes jurídicos, como vimos en su momento,¹⁹⁵ son *individuales* (vida, salud personal, libertad personal, propiedad, honor etc.) o *supraindividuales*. Éstos se subdividen en bienes *públicos* o *generales* o *institucionales* (bienes del Estado u órganos o entidades públicas o la sociedad en su conjunto: intereses de la Administración de Justicia, seguridad del Estado etc.) y *difusos* (bienes de un grupo amplio y

¹⁹³ Así MOCCIA, *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, p. 185 y ss.

¹⁹⁴ Lo que es decisivo, más bien, para el Derecho sancionador, “es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado” (cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español*, *Actualidad Penal*, 1998, p. 443).

¹⁹⁵ Cfr. supra Cap. III, n. 7.5.

determinado o determinable de personas: delitos contra la salud pública, el medio ambiente, seguridad del tráfico, salud de los consumidores etc.).

Si en el Derecho penal liberal clásico el acento recaía sobre los bienes *individuales*, en la moderna y conflictiva sociedad postindustrial el centro de interés, incluso “penal”, tiende a residir en los bienes *supraindividuales*.¹⁹⁶ Coherente con el “moderno” *trend* de las sociedades tecnológicamente avanzadas (llamadas “sociedades de riesgos”), una de las más destacadas formas de *anticipación de la barrera penal* en los últimos años ha consistido no sólo en la creación o difusión de los llamados bienes jurídicos *supraindividuales*,¹⁹⁷ sino sobre todo en su combinación con la técnica legislativa del *peligro abstracto*.¹⁹⁸

Dos serían las *principales* relaciones posibles entre los bienes jurídico-penales *supraindividuales* y los *individuales*: (a) los intereses individuales son mera *ratio legis* no sujetos a comprobación concreta; ello significa la concepción del tipo penal según la fórmula del peligro abstracto para los bienes individuales mediatos; es la tesis de la independencia o autonomía total de los bienes *supraindividuales*,¹⁹⁹ que son los únicos que pueden ser afectados –lesionados o puestos en peligro; (b) admitir que ambas categorías de bienes (el *supraindividual* y los *individuales mediatos*)

¹⁹⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal, *La Ley*, 1997, D-132, p. 1.717, que señala: “Es cierto que los conceptos de la época individualista pueden resultar inidóneos –de modo total o parcial– en el momento actual. Pero ello debe conducir simplemente a una mayor reflexión en aras de su progresiva adaptación a las necesidades actuales. Una renuncia radical a los mismos... puede provocar un retroceso incalculable en el Derecho penal de las garantías que, según parece, todavía queremos construir”.

¹⁹⁷ Cfr. PALAZZO, I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione, *RIDPP*, 1992, p. 474.

¹⁹⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 66; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 3; BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos, *RFDUC*, 1986, p. 152.

¹⁹⁹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 183 y ss. y 213 y ss.

merecen tutela penal, pero los primeros (supraindividuales) dependen de los individuales (tesis de la dependencia).²⁰⁰

En la línea de la segunda categoría referida y con la pretensión de superar las objeciones suscitadas contra el empleo generalizado del peligro abstracto, ha surgido la construcción de los denominados “*delitos de lesión – peligro*”,²⁰¹ es decir, se concibe que determinados tipos penales configuran una *lesión* al bien jurídico supraindividual y al mismo tiempo un *peligro* para el bien jurídico individual mediato.²⁰² No parece ser una orientación ilegítima, como veremos, cuando se respetan determinados límites (afectación, aunque indirecta, de los bienes mediatos).

Pese a las críticas, especialmente de la “Escuela de Frankfurt”, cuyo acento reside en el “concepto personal del bien jurídico”, cierto es que “frente a una ‘modernización’ de la sociedad, el Derecho penal debe realizar esfuerzos para asumir los nuevos problemas sociales y no inhibirse frente a

²⁰⁰ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal, *La Ley*, 1997, D-132, p. 1.715.

²⁰¹ Así, por ejemplo, ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 144 y ss. Con relación a los delitos económicos: TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 36. Cfr. aún BERISTAIN IPÍÑA, *El delito de peligro por conducción temeraria*, 1970, p. 20 y ss. Aún sobre la fórmula “*lesión – peligro*” cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 58 y ss. En sentido crítico con relación a la formulación “*delitos de peligro – lesión*” (peligro para el bien jurídico supraindividual y lesión para el bien individual, v. g. 290-297 NCP) cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 85-90.

²⁰² En cuanto a los delitos de fraudes alimentarios, en el sentido del texto, cfr. ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 144 y ss. (especialmente p. 164-165), que señala (p. 148): “...cualquiera de las conductas delictivas descritas en el artículo 346 [hoy 363] implican en el supuesto de su realización una alteración, en el sentido de reducción del nivel considerado mínimo aceptable y, en ello, precisamente radicarán la lesión o, si se prefiere con mayor precisión, el menoscabo del bien o bienes jurídicos tutelados en un primer lugar. Esto lleva a concluir que los delitos mencionados en el artículo 346 del Código penal son delitos de lesión, y no de peligro, para la sanidad y la salud públicas, y de peligro... para la salud individual”. Con relación a los delitos económicos: TIEDEMANN, *Poder económico y delito*, p. 36, que señala: “El peligro parece abstracto únicamente si es referido a intereses patrimoniales individuales, mientras que, si se toman en consideración los aspectos supraindividuales (sociales) del bien jurídico y los aspectos de la información (por ej., como interés tutelado en el caso de los balances), estos intereses son lesionados (y no únicamente puestos en peligro) por el delito”.

ellos, ni ‘crear un Derecho moderno’ que, como veíamos, sólo puede conllevar problemas añadidos”.²⁰³ La cuestión, por lo tanto, ya no parece ser si los bienes jurídicos supraindividuales deben o no ser protegidos penalmente.²⁰⁴ El problema está en delimitar la extensión de la protección, es decir, en *encontrar los límites* de la intervención penal y la técnica legislativa adecuada.²⁰⁵

Nuestra posición, en consecuencia, se decanta por reconocer legitimidad en la protección penal de los bienes supraindividuales, una vez que observados los principios y limitaciones inherentes al Estado de Derecho de los derechos fundamentales: exclusiva protección de bienes jurídicos, orientación personalista del bien jurídico, legalidad-taxatividad, ofensividad, intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad), proporcionalidad etc.

En cuanto a la orientación personalista del bien jurídico supraindividual²⁰⁶ cabe observarse que la nota característica de los bienes jurídicos “difusos” (o colectivos) consiste en su “*complementariedad*” o *instrumentalidad*, en

²⁰³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 188.

²⁰⁴ El Derecho penal básico (*Kernstrafrecht*) no está limitado sólo a bienes jurídicos individuales: así HASSEMER, *Perspectivas del Derecho penal futuro*, p. 40; cfr. también BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)*, RDFDUC, 1986, p. 153 y ss.

²⁰⁵ Cfr. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, RIDPP, 1992, p. 473. Una de las fundamentales restricciones con relación a los bienes supraindividuales consiste, desde luego, en la necesidad de concreción del bien jurídico: cfr. supra Cap. I, n. 6.

²⁰⁶ Cabe aclarar, según palabras de HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 282, que un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: “solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a intereses del hombre”.

el sentido de que, desde un punto de vista teleológico, *ellos existen para la tutela de un bien jurídico individual*.²⁰⁷

Para optimizar la protección del bien individual es que se anticipa la tutela concibiéndose un bien supraindividual (medio ambiente, salud pública, seguridad del tráfico etc.). Son bienes jurídicos “anticipados” para la defensa de la vida, salud individual etc., es decir, “fórmulas de protección mediatizadas”.²⁰⁸ Por ello, “si el tipo se configura, por un lado, como un delito de lesión respecto del bien jurídico colectivo, lo hace así mismo como un delito de peligro para el bien jurídico individual complementado”.²⁰⁹

Lo que acaba de ser dicho para los bienes “difusos” también es válido para los bienes universales/generales/públicos, si bien es muy discutible la cuestión de saberse cuáles bienes serían susceptibles de protección “penal”. Para las *teorías dualistas* ambas categorías de bienes (individuales y supraindividuales) configuran auténticos bienes jurídicos y pueden ser merecedores en su caso de la referida tutela. Las *teorías monistas*, por otro lado, conciben el bien jurídico desde una sola perspectiva: del punto de vista del Estado (concepción monista estatal) o bien del punto de vista de la persona.²¹⁰

²⁰⁷ La característica de la complementariedad o instrumentalidad se observa con mayor nitidez en los delitos en que el tipo expresamente menciona bienes particulares (art. 381, CP, p. ej.), pero puede resultar extensiva a todos los delitos con bienes supraindividuales.

²⁰⁸ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932), *RDFDUC*, 1986, p. 159.

²⁰⁹ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 69.

²¹⁰ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 107; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 12-13, que señala: “Así, con este enfoque personalista, los bienes jurídicos universales poseen un papel de medio para el desarrollo personal del individuo, y el Estado se concibe igualmente como instrumento al servicio de

En manifestaciones anteriores²¹¹ ya nos decantamos por la *concepción personalista del bien jurídico*,²¹² que tendría un doble significado: (a) los bienes jurídicos supraindividuales sólo son legítimos en tanto que sirvan al desarrollo personal del individuo; (b) deben ser interpretados según la concepción personalista, porque “sólo una teoría personalista del bien jurídico puede invocar con legitimidad una concepción liberal del Estado, es decir, una concepción que legitime la acción del Estado desde el punto de vista de la persona”.²¹³

Con Corcoy Bidasolo²¹⁴ cabe concluir que “la referencia al individuo en cuanto ser social, que desarrolla su vida en sociedad, ha de ser siempre referente de la intervención penal, que sólo estará legitimada cuando sirva al libre desarrollo personal del hombre en sociedad. Desde esta perspectiva la protección de bienes jurídicos supraindividuales estará legitimada siempre que sean útiles para la autorrealización del hombre en sociedad”.

Por ello, procede observar que la tutela penal “no puede estar al servicio del buen funcionamiento por si mismo [del Estado, de las instituciones]

las personas”. Cfr. FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, RIDPP, 1982, p. 72.

²¹¹ Cfr. *supra* Cap. III, n. 7.5.

²¹² Aunque en este momento una teoría personal no se ve favorecida por la coyuntura (HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 285). De cualquier modo, según una concepción liberal del Estado, él existe para fomentar el desarrollo y aseguramiento de las posibilidades vitales del hombre. Los bienes supraindividuales, por consiguiente, tienen fundamento sólo en la medida en que se corresponden a los intereses de los individuos.

²¹³ Cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 109; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 13; CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 182 y ss. Para ARTHUR KAUFMANN, *apud* HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 276, el concepto de persona es el eje sobre lo cual gira una fundamentación no funcionalista del derecho y constituye un parámetro irrenunciable para un derecho justo.

²¹⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 182, 183 y 204 y ss.

sino, únicamente, respecto de aquellos aspectos que puedan afectar al ciudadano; ni tampoco puede quedar como un mero conflicto entre el autor y la institución, en concreto afectada... el Derecho penal tampoco puede proteger principios como el de jerarquía o autoridad de una forma absoluta, sino que su intervención sólo se justifica cuando el comportamiento supera el límite del conflicto agresor/víctima o de la infracción de un deber de subordinación y afecta la vida social. Esta nueva orientación... pretende eliminar la responsabilidad penal derivada de infracciones formales sin que se pruebe la existencia de una efectiva afectación de la convivencia social”.²¹⁵

Ahora bien, el ineludible “*referente individual*”, que debe estar presente en todos los delitos,²¹⁶ también tiene presencia cierta en los que tutelan bienes supraindividuales: ora viene *expresamente* contemplado en la descripción legal (v.g.: art. 381, CP: “Él que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiera en concreto peligro la vida o la integridad de las personas...”; art. 363: “Serán castigados... los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores...”; art. 364: “El que adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas...”; en la misma línea: arts. 231.2, 325 *in fine*, 328 etc.), ora debe

²¹⁵ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 204-205, que añade: “El orden público como bien jurídico protegido en los delitos de desobediencia, atentado... tradicionalmente, se había entendido como protección de los principios de autoridad y jerarquía, caracterizando la protección del orden pública de una forma absoluta, configurando estos delitos como delitos formales de peligro presunto. Esta concepción formal no puede aceptarse y debe de buscarse un contenido material al orden público, en el sentido de que el elemento decisivo para la relevancia penal sea la pretensión de proteger la seguridad de las manifestaciones colectivas de la vida social”.

²¹⁶ Lo que explica el “referente individual” en el delito, evidentemente, es la concepción del bien jurídico que no puede prescindir del individuo: así SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, p. 270 y ss.

ser comprendido como requisito *implícito* (v.g.: conducción bajo influencia de alcohol, art. 379, CP).

De las posibles formulaciones técnico-legislativas indicadas y las exigencias del principio de ofensividad bien como la obligatoria presencia del “referente individual” en todo delito, se puede concluir:

(a) cuando el tipo penal, más allá de la tutela del bien supraindividual, *expresamente* exige una ofensa a la persona (art. 381, 363 etc.) estamos ante un delito de “*lesión*” al bien jurídico supraindividual (seguridad del tráfico, sanidad pública y salud colectiva etc.) y de *peligro concreto* (no se puede olvidar que el tipo hace expresa referencia al peligro) a los bienes individuales;²¹⁷ ahora bien, ese peligro concreto puede ser *individual* o *común/general*, todo depende de cada figura típica;

(b) en el delito previsto en el art. 381 (conducción temeraria), tenemos un supuesto de lesión al bien jurídico supraindividual (seguridad del tráfico) y peligro concreto *individual (directo)* para los bienes jurídicos particulares, porque es necesario presentar una víctima concreta; la víctima es una persona determinada (“no es, por tanto, un delito de peligro común, sino un delito de peligro individual o de peligro para bienes jurídicos individuales”);²¹⁸

(c) por otro lado, en el delito del art. 363 (fraude alimentario), hay un delito de lesión al bien jurídico supraindividual (sanidad pública y salud

²¹⁷ Estos supuestos (lesión al bien jurídico supraindividual y peligro concreto a bienes de particulares) son llamados de “bienes jurídicos intermedios o de referente individual”, pero no configuran un *tertium genus*, sino que pertenecen a la categoría de los bienes jurídicos supraindividuales (cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 8 y ss., especialmente p. 71 y ss.).

²¹⁸ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal-PE*, p. 593. En el mismo sentido: SERRANO GOMEZ, *Derecho penal-PE*, p. 667.

colectiva) y peligro concreto *común/general* (*indirecto*) para los bienes jurídicos de los consumidores, porque no es necesario presentar una víctima concreta, es decir, las víctimas son personas indeterminadas;²¹⁹

(d) cuando la descripción típica no hace *expresa* referencia a una ofensa contra la persona (art. 379, CP, p. ej.) también existe un delito de “*lesión*” al bien jurídico supraindividual (seguridad del tráfico, en el tipo citado) y, según la interpretación teleológica que creemos ser legítima, un *peligro concreto* para las personas, pero en ese caso, *sólo indirecto*, porque no es preciso presentar una víctima concreta; las víctimas son personas indeterminadas. Luego el peligro no es individual, sino *común/general*.²²⁰

El peligro concreto *indirecto* en los supuestos mencionados (art. 363 y 379) es un peligro *concreto* que se identifica por una exigencia típica explícita o implícita –respectivamente– y consiste en la puesta en peligro de una pluralidad indeterminada de bienes jurídicos individuales, es decir, de personas. El sujeto pasivo en ambos los delitos es indeterminado, esto es, cualquier sujeto (indeterminado, pero concreto en el sentido de ‘existente’ y ‘no presunto’) puede penetrar en el *radio de la acción peligrosa*.

²¹⁹ Esa interpretación ya había merecido el apoyo de ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 166 y hoy está consolidándose: véase DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 347 y ss. (especialmente p. 360 y ss.). El tema, no obstante, es polémico. En las posiciones extremadas están los que abogan por el reconocimiento de un delito de peligro abstracto “puro” (delito de mera actividad, formal), o peligro concreto individual o aun simple lesión al bien jurídico supraindividual (como es el caso, p. ej., de JESUS, Damásio E. de, *Natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo*, p. 15 y ss.

²²⁰ Sobre esa interpretación teleológica garantista cfr. infra Cap. VI, n. 1. No es ese, no obstante, el entendimiento de los defensores del Derecho penal subjetivo ni tampoco del funcionalismo “preventivo general” de ROXIN que (*Derecho penal-PG*, v.1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 410), en el caso de la conducción bajo influencia de bebidas, aboga por la punibilidad de la conducta incluso aunque según la situación de las cosas (p. ej. en una zona deshabitada) estuviera totalmente excluida una puesta en peligro. Ello se debe a razones preventivas generales (‘didácticas’), pues de lo contrario se pondría en peligro el carácter de absoluto tabú que el legislador pretende que tengan determinadas conductas.

La puesta en peligro de indeterminados sujetos no significa una *eventual* puesta en peligro, sino que supone la existencia de un *verdadero* peligro para las personas. Son delitos de peligro concreto aquellos que requirieran la puesta en peligro del bien jurídico en los términos expresados, es decir, como un momento del que se hace depender la consumación del hecho típico...; la puesta en peligro puede ser, en ocasiones, inherente a la realización de una conducta, aunque el correspondiente tipo legal no la requiera *expressis verbis*.²²¹

De lo expuesto, se verifica la utilidad de la clasificación que distingue entre delitos de *peligro común o general* (*Gemeingefähr* o *Allgemeine Gefährdungsstraftaten*) y de *peligro individual*.²²² Mientras el art. 381 contempla un delito de peligro individual (para bienes de personas concretamente determinadas), los arts. 363 y 379 plasman delitos de peligro común/general (para bienes de personas indeterminadas).

Ahora bien, el problema de la orientación aquí asumida residiría en la delimitación del llamado peligro concreto indirecto. Pero de ello ya cuidamos anteriormente²²³ subrayando que el Derecho penal existe para la (exclusiva) protección de bienes jurídicos y la sanción penal debe ser empleada (sólo) como medida de *extrema ratio*. Por tanto, sin que haya una cierta “*conmoción*” o *concreta afectación* del bien o interés tutelado por la norma penal, es decir, sin la presencia al menos de una aguda situación de

²²¹ Cfr. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 363.

²²² Cfr. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, p. 283 y ss. y especialmente p. 318 y ss., donde concluye que el peligro general se caracteriza, en primer término, por el hecho de que una pluralidad de personas se encuentra amenazada por un peligro y, en segundo, por la circunstancia de que los sujetos expuestos al peligro han de ser indeterminados. El peligro general, de cualquier modo, no se confunde con el “especial” y tampoco con el “individual” (cfr. p. 319). RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, p. 16.

²²³ Cfr. *supra* en éste Cap. V, n. 3.

“*crisis de existencia*” del bien jurídico, no se puede hablar de una legítima intervención “penal”.

En cada situación concreta debe ser individualizado el bien protegido por la norma, así como la existencia de una conducta peligrosa valorada *ex post* que haya afectado de alguna manera (*rectius*: entrado en contacto con) ese bien o interés.

Por otro lado, en la hipótesis de que el bien jurídico no pueda entrar (o no ha ya entrado) en el *radio de efectividad* del comportamiento peligroso, está excluida la tipicidad. Surge una situación formalmente correlativa a la de la tentativa imposible por inexistencia o ausencia del objeto material. No es posible por ello hablar de consumación pese a la coincidencia formal del comportamiento con la descripción típica.²²⁴ La solución es la misma cuando el autor ha procedido pertinentemente a adoptar medidas que excluyan de antemano la posibilidad del peligro concreto. Veamos dos ejemplos:

(a) *El nuevo delito publicitario previsto en el artículo 282 del Código Penal* [“Serán castigados... los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad... hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas... de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores...”], *in thesi*, puede ser interpretado respecto de los intereses individuales de los consumidores como peligro abstracto, peligro abstracto-concreto o peligro concreto indirecto. Sánchez García de Paz²²⁵ entiende que se trata de un delito de peligro abstracto-

²²⁴ Cfr. TORÍO LÓPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), *ADPCP*, 1981, p. 843.

²²⁵ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El nuevo delito publicitario (art. 282 del código penal), *Actualidad Penal*, 1997, p. 569.

concreto: "...el delito publicitario no debe limitarse a la subsunción de la conducta en el tenor literal del tipo, sino que, conforme al criterio metodológico de la imputación objetiva, debe tratarse ulteriormente de una conducta peligrosa ex ante para el bien jurídico". Basta la comprobación de una conducta con idoneidad objetiva para lesionar el bien jurídico.

Esa forma de interpretación admite que se trata de delito fundado exclusivamente en el desvalor de la acción. Es una posición criticable desde la perspectiva de la ofensividad, porque todo delito –en el marco del Derecho penal de la ofensa– posee un desvalor de resultado. El bien jurídico necesita entrar en el radio de acción del comportamiento. Respecto de los intereses personales, el delito del art. 282 es de peligro común general porque no necesita de una víctima concreta. Los sujetos pasivos son indeterminados. Por lo tanto, la consumación del delito requiere que la "oferta" o "publicidad" gane la característica de la difusión o divulgación colectiva (en ello reside el contacto entre el bien jurídico y la acción o la configuración del delito como peligro concreto indirecto).

No basta una oferta individual,²²⁶ no basta (sólo) la producción de un vídeo, p. ej., con una publicidad falsa, sin divulgación, para la caracterización y consumación del delito. Es indispensable que una pluralidad indefinida de consumidores entren en el radio de acción de la conducta, lo que no significa que un consumidor concreto tenga que sufrir perjuicio.

²²⁶ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, El nuevo delito publicitario (art. 282 del código penal), *Actualidad Penal*, 1997, p. 567.

(b) El delito contra el medio ambiente (art. 325) puede ser interpretado frente a los intereses individuales mediatos (vida, salud de personas indeterminadas) como delito de peligro presunto (no es necesario comprobar siquiera la peligrosidad de la conducta), como delito de peligro abstracto (de “aptitud”), que exige la comprobación de la peligrosidad de la acción²²⁷ o como delito de peligro concreto indirecto. En éste último caso, más allá de la comprobación de la peligrosidad de la acción (desvalor de acción), es menester verificar si el bien jurídico personal (salud, vida etc. de indeterminadas personas) ha entrado en el radio de acción del comportamiento (desvalor de resultado).

Silva Sánchez, al analizar el mencionado art. 325, subrayó que tenía conciencia de que la exigencia de afectación real de las condiciones de vida de los individuos actualmente existentes es obviada por la doctrina dominante no sólo en los delitos contra el medio ambiente, sino en otros muchos de los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, muy en particular en los económicos.

Su conclusión ha sido: “la postura que, no exenta de dudas, me he atrevido a exponer carece de posibilidades reales de prosperar”.²²⁸ En la medida en que, frente a la postura del autor citado, estamos dando un paso más (para exigir un contacto, aunque que indirecto, entre el bien jurídico y la acción peligrosa), cabe imaginar la enormidad del atrevimiento de la tesis. Pero, desde la óptica del principio de ofensividad, parece no haber otra solución posible.

²²⁷ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal, *La Ley*, 1997, D-132, p. 1.716.

²²⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal, *La Ley*, 1997, D-132, p. 1.716.

En *conclusión*: el nivel técnico-legislativo “máximo” de configuración del peligro, según los postulados político-criminales inherentes al principio de ofensividad y al Estado de Derecho de los derechos fundamentales, consiste en el *peligro concreto*, que puede ser *directo* o *indirecto*. Ese *límite máximo de la intervención penal*, derivado del principio de ofensividad, resulta válido para la incriminación tanto de los actos preparatorios como de los bienes supraindividuales,²²⁹ observándose que en esta última hipótesis se verifica una superposición de bienes jurídicos (supraindividuales e individuales).

Y siempre que ocurre esa *superposición* de bienes jurídicos (supraindividuales y individuales) en el mismo tipo penal, aparecen entonces categorías (penales) combinadas: por un lado están los “*delitos de lesión – peligro concreto directo o individual*”,²³⁰ que se caracterizan por constituir una “lesión” a un bien jurídico supraindividual y al mismo tiempo un “peligro concreto directo” (o individual) a bienes jurídicos de personas determinadas (p. ej.: art. 381 del CP español, 328, 341 etc.); en el otro extremo están los “*delitos de lesión – peligro concreto indirecto o común*”, que consisten en una “lesión” a un bien jurídico supraindividual y al mismo tiempo un “peligro concreto indirecto” (o común/general) a bienes jurídicos de personas indeterminadas (p. ej.: arts. 325, 363, 379 etc. del CP español).

Con relación a los primeros, que son llamados “*bienes jurídicos intermedios*” (*Zwischenrechtsgut*) o de “*referente individual*”, en los cuales

²²⁹ En el sentido de que el límite podría ser el peligro hipotético o abstracto-concreto, es decir, potencial, cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 77.

²³⁰ Estos supuestos son denominados de “bienes jurídicos intermedios o de referente individual”: cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 21 y ss.

el tipo hace *expresa* referencia a bienes individuales, Mata y Martín²³¹ demostró la legitimidad de la técnica legislativa empleada, que está en consonancia con los principios inspiradores de una política criminal teleológica dirigida a la protección de bienes jurídicos.

El delito previsto en el artículo 341 del Código Penal español de 1995, por ejemplo, materializa bien lo que se está afirmando: “Él que libere energía nuclear o elementos radioactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes será sancionado...”.

En una única estructura típica pueden ser apreciados intereses supraindividuales (salud y seguridad colectiva) y particulares o individuales (vida o salud de las personas). Son acentuados los primeros, pero no se olvida la dimensión personalista del Derecho penal; en verdad el tipo protege simultánea y complementariamente los diversos bienes jurídicos implicados (públicos y singulares).

En los llamados delitos con bienes jurídicos intermedios el límite máximo de la intervención penal (real peligro al bien jurídico), como afirma Mata y Martín,²³² está debida y expresamente atendido: “al exigirse que la conducta represente un peligro a bienes individuales la conducta ha lesionado ya el bien colectivo (límite mínimo), y a su vez no ha llegado a menoscabar de manera efectiva los bienes personales (límite máximo), por lo que el estado de peligro abstracto resulta sobrepasado evitándose los distintos problemas que presenta”.

Estos delitos, por lo tanto, son de “lesión – peligro concreto directo”, es decir, en virtud de la superposición de bienes jurídicos hay dos distintas

²³¹ Cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 8 y ss.

²³² MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 61.

relaciones: lesión al bien jurídico supraindividual y peligro concreto directo al bien jurídico particular.

La utilización de la técnica legislativa del delito de lesión – peligro concreto directo, en suma, no supera el límite de lo política y criminalmente adecuado según el paradigma de la ofensividad. Como bien ha destacado Mata y Martín,²³³ “la exigencia de que el comportamiento punible que se dirige contra intereses colectivos suponga, además, un determinado riesgo para las personas, tomado como criterio político-criminal, reduce la zona abarcada por la conminación penal, pues con ello se viene a requerir la presencia de bienes suprapersonales vinculados y necesariamente cercanos a bienes individuales y que con el comportamiento comprometa, aunque en distinto grado, simultáneamente la seguridad de los mismos, evitando ‘la utilización por el legislador de fórmulas vagas, abstractas y demasiado generales’”.

Todo lo que acaba de ser afirmado en cuanto a los delitos de “*lesión – peligro concreto*” (que expresamente mencionan los bienes personales), bajo la óptica del principio de ofensividad, también es válido para los delitos que no mencionan expresamente los bienes personales, pero que deben ser *interpretados* teleológicamente en ese sentido, para alcanzarse un contenido mínimo de lesividad y legitimidad en la incriminación. No es válida para el Derecho penal de la ofensividad necesaria la fundamentación de la punibilidad en la circunstancia de que el delito es de mera actividad o formal o de consumación anticipada. Todo ello significa simplemente “peligro abstracto”.

²³³ MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p.76-77.

Es cierto que un sector de la doctrina ha procurado *fundamentar* el adelantamiento de la barrera criminal en los supuestos que estamos enfocando (a) en la necesidad de facilitar la prueba y (b) para suplir una supuesta ausencia de protección efectiva a determinados bienes de interés general. Y todo ello (sólo) sería posible por medio de la técnica del peligro abstracto.²³⁴

Ahora bien, la utilización del Derecho *penal* para atender la forma y metas anunciadas es objeto de acusadas *objeciones*.²³⁵ En la línea de lo que sugieren las mencionadas teorías de la criminalización anticipada, las decisiones político-criminales del “moderno” legislador son reconducibles cada vez más ampliamente a una *concepción subjetiva o exageradamente prevencionista*,²³⁶ que se caracteriza por la utilización de técnicas legislativas diferentes de la lesión o del concreto peligro para el bien jurídico, particularmente con relación a los nuevos bienes “inmediatos”, funcionales, instrumentales o ficticios.²³⁷

²³⁴ Cfr. TIEDEMANN, *Lecciones de Derecho penal económico*, p. 34 y ss. y 241 y ss.; así, *Poder económico y delito*, p. 33 y ss.; así, *Presente y futuro del Derecho penal económico*, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 40 y ss.; KINDHÄUSER, *Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico*, *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 441 y ss.; MARTINEZ-BUJAN PEREZ, *Derecho penal económico*, p. 111 y ss. Para referencias sobre la cuestión y en sentido crítico: MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 155 y ss.; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 70-71.

²³⁵ Con relación a la utilización del peligro abstracto cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)*, *RDFDUC*, 1986, p. 160.

²³⁶ Es lo que DENNINGER (citado por BARATTA, *Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica*, *Pena y Estado*, 1991, p. 45) llama de “dinamización de los bienes jurídicos”.

²³⁷ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, p. 55.

Las recientes reformas de la parte especial “tienden a conceder amplio espacio a la *Vorfeldkriminalisierung*”,²³⁸ cuya primera consecuencia es el traslado al juez del deber de determinar el bien jurídico protegido, surgiendo la clara posibilidad de ampliar el ámbito de lo punible (es decir, de los delitos de peligro),²³⁹ sea porque no se identifica con precisión el bien jurídico, sea porque resulta muy extensa e ilimitada su determinación.

En los últimos años, entonces, “se ha ido pasando de una tendencia crítica frente al Derecho Penal, y despenalizante, a un contexto criminalizante y en lo cual se justifica el Derecho Penal... La legislación penal moderna de la parte especial del Código Penal y leyes complementarias criminaliza esencialmente delitos de víctimas difusas. La economía, el medio ambiente, el abuso de drogas o del procesamiento de datos son los campos en los cuales el legislador penal moderno desplegará su actividad reguladora. El instrumento adecuado a la conformación de estos delitos son los delitos de peligro abstracto. Esto significa, desde luego, un empobrecimiento de los presupuestos de la punibilidad: en vez de una víctima visible, en vez de un daño y la causalidad de la acción a respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa”.²⁴⁰

Desaparecen las fronteras entre la naturaleza represiva y reactiva del Derecho penal y la función preventiva y “proactiva” de la policía. Se crean

²³⁸ Cfr. HASSEMER, Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 369.

²³⁹ Sobre ese riesgo de ampliación de la aplicabilidad de los delitos de peligro cfr. HASSEMER, Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale”, *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, 1985, p. 369.

²⁴⁰ Cfr. HASSEMER, Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*, 1989, p. 277.

delitos de desobediencia y se impide el desarrollo de formas alternativas de control social.²⁴¹

En lo concerniente a los denominados *Kumulationsdelikte* o delitos de *daño acumulativo* (conductas que *per se* en general son inofensivas al tráfico rodado o al ambiente, por ejemplo, pero que la repetición sí puede constituir un hecho ofensivo) sería el Derecho administrativo sancionador “*par excellence*” su sede jurídica.

Las infracciones de *daño acumulativo* pueden y deben en general encontrar solución adecuada en él o en un tipo de Derecho administrativo sancionador,²⁴² salvo cuando la conducta, aunque presente lesividad mínima, haya sobrepasado el nivel de la insignificancia y, en consecuencia, tenga afectado relevantemente el bien jurídico.

Con Silva Sánchez²⁴³ procede a concluir: “Desde la perspectiva que acabamos de apuntar, merecen un juicio severamente negativo los intentos de configurar en esta materia [delitos ambientales] delitos de acumulación y otras figuras próximas, en las que lo decisivo no es el sentido lesivo de la conducta en si —su contenido de peligro relevante— sino el hecho de que, de producirse una reiteración de tales conductas por parte del mismo o (sobre todo) también por los demás sujetos, cabría esperar la producción de graves

²⁴¹ Así, HERZOG, Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo, *Revista Penal*, 1999, p. 55.

²⁴² Sería inadmisibles, en general, como subraya SILVA SÁNCHEZ (Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código penal español, *Actualidad Penal*, 1998, p. 443), la imputación “penal” de responsabilidad a un determinado sujeto por el concreto significado de la conducta aislada que ha realizado; pues una sanción así fundamentada no deja de ser, desde la perspectiva del Derecho penal, una sanción *ex iniuria tertii*. No hay en ella ninguna posibilidad de introducir elementos de lesividad concreta; ni lesión, ni peligro concreto, ni peligro abstracto entendido como peligro realmente existente, constatable en la conducta en virtud de un juicio *ex ante*. Simplemente peligro presunto, peligro estadístico o —todavía mejor— peligro global”.

²⁴³ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, ¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal, *La Ley*, 1997, D-132, p. 1.717.

daños ecológicos... sin embargo, en la medida en que la imputación se funda, no en el peligro de la propia conducta, sino en lo que surgiría ‘si todos hicieran lo mismo’, la fundamentación del injusto tiene lugar *ex iniuria tertii*, resultando inadmisibile a la luz de los principios clásicos de imputación”.

De lo que anteriormente fue expuesto conviene reiterar la postura mantenida en éste trabajo que considera *rechazable toda especie de peligro abstracto* (delito de aptitud, peligro potencial, peligro posible etc.) como técnica legislativa utilizable en Derecho penal,²⁴⁴ aunque se trate de bienes jurídicos supraindividuales o de *Kumulationsdelikte*.

Pero ello no significa, evidentemente, que las conductas abstractamente peligrosas (peligrosidad estadística) deban ser ignoradas, sobre todo en las actuales “sociedades de riesgo”. Únicamente se estima que hay otras formas y medios de protegerse el bien o interés, sin necesidad de recurrir a la *ultima ratio* del sistema de control social.²⁴⁵

No se trata de renunciar a una protección penal, sino de respetar sus principios básicos, que le dan legitimidad. Y además, para las infracciones que no alcanzan el mínimo de las exigencias penales, más prometedora resulta la combinación de otros instrumentos jurídicos: Derecho civil (reparación de daños), Derecho de seguros, Derecho administrativo sancionador etc.

²⁴⁴ En ese sentido, JESUS (Damásio), *Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do código de trânsito (lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*, p. 26; véase aún MENDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 161 y ss.

²⁴⁵ Cfr. MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, p. 78; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 74 y ss.

6. ¿Cuándo los delitos de intencionalidad especial trascendente (“dolo específico”), de tentativa –“emprendimiento”– y omisivos propios son compatibles con el principio de ofensividad?

(a) Los delitos de *intencionalidad especial trascendente*²⁴⁶ son los que exigen del autor una finalidad (intencionalidad) especial²⁴⁷ de causar un resultado trascendente (ulterior) situado más allá del tipo objetivo, resultado ese que no es necesario para la consumación del delito. La finalidad especial excede al dolo, porque se relaciona con un hecho trascendente (ulterior). El autor, así, persigue un determinado resultado situado más allá del tipo objetivo concreto, no siendo preciso que llegue a conseguirlo.

Ejemplo en el Derecho español: art. 386, que describe la mera tenencia de moneda falsa “para” su expedición o distribución; en Italia: el secuestro de una persona “con la intención” de extorsión (CPI, art. 630); en Brasil el mismo delito, con redacción idéntica, viene plasmado en el art. 159: “Secuestrar persona con el fin de conseguir ventaja...”.

Los delitos de intencionalidad especial trascendente comprenden dos categorías: (a) los delitos de resultado cortado, en los cuales la acción típica se completa por la persecución de un resultado exterior que está más allá del tipo objetivo y que ha de producirse por sí solo, sin intervención del autor, con posterioridad al hecho; (b) los delitos mutilados de dos actos, en

²⁴⁶ También denominados de “dolo específico”, de “intención especial”, “delitos de intención” (*Absichtdelikte*) o de “tendencia interna trascendente”.

²⁴⁷ El tipo penal, en éste caso, utiliza expresiones como “con el fin de”, “con la intención de”, “con el ‘escopo’ de”, “para” etc.

los que el autor ha de querer producir, por propia actuación, tras la realización del tipo, el resultado situado más allá del tipo objetivo.²⁴⁸

Ahora bien, el *adelantamiento de la tutela penal* solo ocurre en los denominados “delitos de intencionalidad especial trascendente”. Cuando la intencionalidad especial forma parte del delito, como elemento subjetivo del injusto, y su ejecución ya supone la lesión del bien jurídico, no se habla de anticipación de la tutela.

El delito de hurto, por ejemplo (y según las descripciones típicas en España, art. 234, CP – “Él que, con ánimo de lucro...” –, en Italia, art. 624, CP – “Él que tomare las cosas muebles ajenas, con el fin de alcanzar un lucro...” y en Brasil, art. 155, CP – “Tomare, para sí o para otra persona...”), es un delito de intencionalidad especial, pero no trascendente, porque no se presenta en él la finalidad especial de causar un ulterior resultado, situado más allá del tipo objetivo, más allá de la ejecución de la acción que ya supone lesión al bien jurídico.

En el hurto, por consiguiente, tenemos una acción con una finalidad *especial*, pero no una acción con finalidad *trascendente* o un hecho con una finalidad específica *ulterior*. Por ello no significa una anticipación de la tutela. En los delitos de intencionalidad trascendente, en suma, el resultado (ulterior) pretendido no es una mera consecuencia inherente a la acción, sino efectivamente *otro* resultado que debe estar objetivamente vinculado a la actividad del infractor.

De dos formas pueden ser interpretados los delitos de intencionalidad especial trascendente: *subjetivamente* (lo que importa para la configuración

²⁴⁸ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 65.

del delito es tan sólo el vínculo subjetivo; el hecho practicado “con la intención de” alcanzar un ulterior resultado ya es suficiente para la punibilidad) u *objetivamente* (no basta la particular finalidad para la concretización del tipo, sino la efectiva constatación de la idoneidad objetiva de la acción para causar el ulterior resultado pretendido, identificándose, con ello, en virtud del principio de ofensividad, los delitos de intencionalidad especial trascendente con la tentativa).

La consecuencia natural de la interpretación *objetiva* consiste en equiparar estos delitos de *consumación anticipada* a la estructura de la *tentativa*, de tal modo que no basta la *intención* de causar un resultado lesivo trascendente, sino la *objetiva idoneidad* de la acción para provocar referido resultado y desde que esa conducta potencialmente lesiva haya entrado en *contacto con el bien jurídico* protegido.

Serían, por lo tanto, delitos de peligro concreto con dolo de daño, porque esa es la única forma de atenderse al principio de ofensividad. Así son entendidos en Italia los delitos de intencionalidad especial trascendente (de “dolo específico”).²⁴⁹ Y de la solución propuesta parece difícil discordar, si queremos que el principio de ofensividad tenga amplia aplicación en el Derecho penal de los derechos fundamentales. En cada caso concreto, por consiguiente, cabe al juez la verificación de la efectiva idoneidad de la acción para producir el resultado (ulterior) deseado (desvalor de la acción) bien como de la afectación o perturbación del bien jurídico.

No comprobada la idoneidad objetiva de la conducta o que el bien jurídico no haya entrado en el *radio de acción* del comportamiento (en el ejemplo del secuestro con finalidad de extorsión, si imaginamos que la persona fue

²⁴⁹ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 425-433.

secuestrada por equívoco –“*error in persone*”– y que no tiene ningún patrimonio del cual se pueda apropiar), el hecho es *atípico* con relación a lo que se pretendía trascendentalmente (extorsión mediante secuestro), resultando responsabilidad penal exclusivamente por el secuestro. Así comprendidos los delitos de intencionalidad especial trascendente, a ellos se aplicaría el instituto del arrepentimiento activo.²⁵⁰

La interpretación objetiva que aquí compartimos, en la línea de coherencia con el principio de ofensividad, en nuestro entender, está en perfecta consonancia con el artículo 16.1 del CP, según lo cual sólo existe tentativa “*cuando el sujeto da inicio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor*”.

(b) Se entiende por *delitos de tentativa* (*Versuchsdelikte* o de *attentato*) los que, con o sin esa designación expresa en la ley, cuentan en la descripción típica con expresiones como “hecho dirigido a”, “él que atenta contra”, “él que pone en peligro” etc.²⁵¹ El legislador entiende plenamente realizado el tipo con la mera ejecución de actos que *tienden* a producir la lesión o puesta en peligro concreta del bien jurídico. Son delitos en que se castiga autónomamente una tentativa o que promueven una equiparación típica entre tentativa y consumación.²⁵²

²⁵⁰ En el sentido del texto, cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 433-434.

²⁵¹ Cfr. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, *RIDPP*, 1986, p. 694.

²⁵² Cfr. FONSECA (Jorge Carlos de Almeida, *Crimes de empreendimento e tentativa*), que entiende que la denominación correcta para la categoría mencionada (“delitos de tentativa”) sería “delitos de emprendimiento” (*Unternehmensdelikte* o *Unternehmugsdelikte*), que deriva del hecho de que hay tipos penales que utilizan nociones que se relacionan a “quien emprende” (*Wer unternimmt*): “quien realiza o intenta realizar” etc. Así se equipara la tentativa a la consumación (ob. ult. cit., p. 19-20). Delitos de emprendimiento son, por lo tanto, los que utilizan en la descripción típica palabras que se

*Ejemplos: art. 495, que sanciona el intento de penetrar en sede parlamentaria portando armas para presentar peticiones en persona o colectivamente; el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas que resultaría de la libre competencia del art. 284, donde se castiga a los que difundiendo noticias falsas... intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos;*²⁵³ *la figura de blanqueo de capitales del art. 301.1, CP, donde se sanciona específicamente una tentativa de delito, la mera realización de acciones de blanqueo dirigidas a producir el favorecimiento real, aunque éste realmente no se produzca” etc.*²⁵⁴ *En el derecho italiano: art. 241: “hechos dirigidos a atentar contra la integridad, independencia y unidad del Estado”; art. 283: “hechos dirigidos a cambiar la Constitución del Estado o la forma de gobierno por medios ilegales”.*

Un grupo especial de delitos de tentativa está constituido por los denominados *delitos de emprendimiento o de empresa*,²⁵⁵ en que el tipo

reportan a *Wer unternimmt* (p. 89). Esa categoría no se confunde con la mera equiparación *quoad poenam* (entre tentativa y consumación) (p. 59 y ss.).

²⁵³ Para una visión crítica de la utilización del término “intentaren” (que constaba del artículo 540 del antiguo CP y ahora también está presente en el art. 284) bien como de la técnica de adelantamiento de la barrera de incriminación penal cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Estudios penales*, p. 217-218, que añade: “Hubiera sido preferible, pues, una referencia a la alteración de los precios en el tipo consumado (no al ‘intento’ de conseguirla, ni a su ‘consecución’), dejando operar libremente después a las normas generales sobre formas imperfectas”.

²⁵⁴ Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 47-48.

²⁵⁵ El concepto de delitos de emprendimiento no es unívoco. RODRÍGUEZ MOURULLO (*Derecho penal-PG*, p. 280), por ejemplo, afirma: ocurre delito de emprendimiento cuando el tipo se satisface con la iniciación de actos que tienden a poner en peligro o lesionar bienes jurídicos. Éste, no obstante, es el concepto de delito de tentativa adoptado en nuestro trabajo. Sobre los delitos de emprendimiento cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, v.1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 336.

penal equipara a efectos de pena (*quoad poenam*) la tentativa de producción de un resultado con la producción real de éste resultado.²⁵⁶

Ejemplos: art. 423 (delito de cohecho): “Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper...”; art. 368: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas...”.

Constituyen una forma de *anticipación de la tutela penal* y son categorías delictivas que pueden ser interpretadas *subjetivamente* (para la configuración del delito basta la “intención” del sujeto de alcanzar el resultado) u *objetivamente* (serían así delitos de consumación anticipada, luego con estructura coincidente a la tentativa, de tal modo que exigen no sólo un *inicio de ejecución* –“por hechos exteriores”– sino especialmente *idoneidad concreta de la acción* –“actos que objetivamente deberían producir el resultado” y *contacto con el bien jurídico*).

No cabe duda que el principio de ofensividad lleva a una interpretación objetiva.²⁵⁷ Si de un lado no se puede negar que el legislador, con los delitos de tentativa, tiene la pretensión de anticipar la tutela del bien jurídico protegido ante la ineficacia de sancionar la lesión, de otro resulta

²⁵⁶ Como vimos, esa equiparación *quoad poenam* de la tentativa y la consumación, para FONSECA (Jorge Carlos de Almeida), *Crimes de empreendimento e tentativa*, p. 19 y ss., 59 y ss., no constituye el verdadero delito de emprendimiento, que se caracteriza por la utilización en el tipo de la fórmula *Wer unternimmt* (quien emprende).

²⁵⁷ Esa es la posición de la doctrina mayoritaria en Italia y también de la jurisprudencia: cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 434-442. Sobre la conveniencia de la adopción de la interpretación objetiva, cfr. aún GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 166 y ss. A esa conclusión también se debe llegar en los ordenamientos jurídicos en que no se sanciona la tentativa imposible (así: SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, p. 55).

evidente la exigencia de al menos un peligro concreto (directo o indirecto), que es el *minimum* de ofensividad requerida por todo delito.²⁵⁸

Tanto el delito de intencionalidad especial trascendente como el de tentativa son de “consumación anticipada” y, como vimos, debido al principio de *ofensividad*, ambos deben ser reconducidos a la estructura de la *tentativa*, con lo que sin la realización de actos idóneos para la producción del citado resultado, no se completa el delito (el tipo), que requiere, además, que el bien jurídico haya entrado en el *radio de acción* del comportamiento.

Existe, con todo, una diferencia importante entre las dos categorías mencionadas, que ha sido puesta en relieve por García Rivas,²⁵⁹ cuando interpretaba el antiguo artículo 214 del CP, que trataba de la rebelión. Para el mencionado autor, “es cierto que el plano subjetivo del delito [de tentativa], necesariamente va más allá que la conducta puesta en práctica por el autor. Pero ello no quiere decir, necesariamente, que el ‘exceso subjetivo’ deba substanciar en un ‘dolo específico’ (en la terminología italiana) o elemento subjetivo del injusto (en la española)”.

El “dolo específico”, “precisamente por caracterizar la actuación hacia un fin que no encuentra correspondencia con el plano objetivo del delito, no puede ser lo mismo que la norma incriminadora exige para substanciar los elementos del hecho típico.

En realidad constituye un factor psicológico que se añade a la conciencia y voluntad de realización de los elementos objetivos del tipo (dolo genérico).

²⁵⁸ Cfr. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, *RIDPP*, 1986, p. 694, que señala el abandono de la orientación subjetiva tanto por la doctrina como por la jurisprudencia italianas.

²⁵⁹ GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 164 y ss.

Se trata, en definitiva, de un motivo personal del agente que normalmente resulta irrelevante a efectos penales, pero que excepcionalmente, el legislador eleva a elemento esencial del delito”.

Y para demostrar que en los delitos de tentativa no existe ese “dolo específico”, sino el dolo normal, añade que en el delito de tentativa “El legislador no exige otra cosa que la conciencia y voluntad de cometer un hecho dirigido (objetivamente) a cierto resultado que se considera hasta tal punto dañoso que se incrimina la sola puesta en peligro concreto que la comisión de ese hecho determina. Si eliminamos el dolo, desaparece completamente el elemento psicológico (...); No existe un fin ‘ulterior’ a ese resultado, sino precisamente un fin que se corresponde exactamente con el mismo”.

(c) También se discute, por fin, si los *delitos omisivos propios* (que no exigen la producción de ningún resultado típico) son o no compatibles con el principio de ofensividad. En general, como es sabido, son contruidos o concebidos como delitos de mera desobediencia o mera violación de deberes morales o sociales.²⁶⁰

Teniéndose presente, sin embargo, la exigencia de la necesaria ofensividad del delito, que aquí es admitida como postulado constitucional, no cabe

²⁶⁰ La configuración y la interpretación del delito de omisión de socorro (véase STS de 25.01.1958), por ejemplo, tiene origen “en un período histórico –fascismo– en el que se resaltan especialmente los valores de la solidaridad y del sentido del deber del ciudadano con relación al Estado. En 1935 se tipifica en Alemania el parágrafo 330.c concerniente a la omisión del deber de socorro. Esta norma fue defendida por los juristas del régimen como el símbolo del Derecho penal nazi (W. Huschens, p. 30 y ss.) construido, como es de todos conocido, en torno a la violación de deberes. Al mismo tiempo, en Italia, el proyecto definitivo de otro texto punitivo reaccionario, el Código penal de 1929 –Código ROCCO– llegó incluso a exigir en el art. 389 responsabilidad penal a la persona que no prestaba la ayuda a causa de la existencia de un peligro considerable para su propia integridad o vida. El argumento utilizado consistía en que tal excepción ‘favorece en la práctica la inmoralidad, que no se corresponde con la más elemental concepción de la solidaridad humana, que es propia de nuestra civilización. Se impone el deber de prestar socorro aunque ello suponga el sacrificio de la propia integridad personal’” (cfr. PORTILLA CONTRERAS, Comentarios al art. 195, en *Curso de Derecho penal español-PE-I*, dir. Cobo del Rosal, p. 359).

duda que en *vía interpretativa* también los delitos omisivos propios deben ser reconducidos al modelo de delito como ofensa (lesión o peligro concreto de lesión) a un bien jurídico.

El *delito de omisión del deber de socorro* (art. 195), por ejemplo, en ese sentido, no tiene que ser interpretado en sentido *formal* (violación de un deber de solidaridad humana),²⁶¹ sino *material*, porque lo que verdaderamente se castiga es la no-eliminación o no-atenuación de una preexistente situación de peligro para bienes jurídicos fundamentales.²⁶²

En los delitos de omisión “el punto de partida de la configuración típica es la existencia de un peligro, abstracto o concreto, para uno o varios bienes jurídicos. En los delitos de acción, el sujeto agente crea el peligro para el bien jurídicamente protegido, o lo lesiona. En los de omisión, el peligro para el bien jurídico existe previamente y es, precisamente, ese peligro previo el que origina, en el seno del ordenamiento jurídico, la ‘espera’ de una conducta que lo conjure”.²⁶³

Crear el peligro para el bien jurídico, en los delitos de acción, tiene el mismo valor *ofensivo* que no eliminarlo o atenuarlo en los delitos de omisión (“*cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros*”). El hecho ofensivo típico, por lo tanto, se concretiza una vez que el sujeto no practica la conducta *esperada* por el ordenamiento jurídico, es decir,

²⁶¹ Cfr. en el sentido formalista GARCÍA ALBERO, Comentarios al art. 195, en *Comentarios al nuevo código penal*, dir. Quintero Olivares, p. 923, que señala: “Por otra parte, la punición de omisión se desvincula absolutamente de los resultados lesivos que hayan podido derivarse del incumplimiento de tal deber de salvaguardia, lo que resultaría incoherente con una concepción de la antijuridicidad material de tales conductas en clave de peligro para la vida o integridad del desamparado. Así las cosas, no queda más remedio que reconocer que el injusto material de tales delitos descansa en la infracción de un deber de solidaridad, deber que en ningún caso convierte el delito en formal por circunscribirse a situaciones de peligro para los bienes mencionados”.

²⁶² Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de Diritto penale*, p. 456-458.

²⁶³ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 357-358.

cuando mantiene (o agrava) la situación de peligro para el bien o los bienes jurídicos tutelados.

La invocación al deber de solidaridad, en consecuencia, ni en abstracto ni en concreto explica el verdadero bien jurídico en el delito de omisión de socorro. La solidaridad en abstracto, en efecto, dice bien poco sobre la naturaleza de estos delitos y ofrece un criterio muy vago para distinguirlos entre sí.

El sector mayoritario de la doctrina, entonces, entiende que “no existe un deber de socorro genérico sancionado penalmente, sino un deber de socorro respecto a determinados bienes que en una situación determinada se encuentran en peligro. Por lo que respecta a los delitos tipificados en los arts. 195 y 196 estos bienes jurídicos son la vida y la integridad física”.²⁶⁴

La posición de la doctrina mayoritaria, como se ve, parte de la solidaridad como bien jurídico protegido, aunque sólo en situaciones de peligro para la vida o la integridad física.

Pero, “quienes afirman que la norma es, ante todo, juicio de valor y construyen el injusto de los delitos omisivos recurriendo al deber como elemento primario, incurren en una contradicción insalvable, que vicia todo el sistema y le hace científicamente inútil”.²⁶⁵ Por ello, en relación al art. 195 del NCP, se afirma: “... en última instancia, el objeto de protección se sustancia en estos dos bienes jurídicos y el delito de omisión de socorro se

²⁶⁴ Así MUÑOZ CONDE, *Derecho penal-PE*, p. 278; PORTILLA CONTRERAS, Comentarios al art. 195, en *Curso de Derecho penal español-PE-I*, dir. Cobo del Rosal, p. 362-363. En el sentido de que el art. 195 protege otros bienes personales, más allá de la vida e integridad física cfr. SERRANO GOMEZ, *Derecho penal-PE*, p. 229.

²⁶⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 359.

presenta, en definitiva, como un delito contra la seguridad de la vida y la integridad personal”.²⁶⁶

La nueva ubicación sistemática de los delitos de omisión del deber de socorro en el Código penal español, que les otorgó un título independiente tras el dedicado a los bienes personalísimos (vida, integridad física, libertad etc.), parece avalar una comprensión del bien jurídico tutelado en clave individualista, que trasciende al tradicional entendimiento de la solidaridad como valor directamente protegido por la norma.²⁶⁷ Precisamente en esa línea es la doctrina de Carbonell Mateu y González Cussac,²⁶⁸ que señalan: “El Estado, a través de la pena, no puede imponer a los ciudadanos ningún deber de solidaridad, porque entonces no se actúa por este motivo, sino por sumisión a las normas... la vida e integridad en peligro, constituyen el bien tutelado en este delito”.

²⁶⁶ Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Comentarios al art. 195, en *Comentarios al código penal*, dir. Rodríguez Mourullo, p. 554.

²⁶⁷ Cfr. GARCÍA ALBERO, Comentarios al art. 195, en *Comentarios al nuevo código penal*, dir. Quintero Olivares, p. 922, quien, sin embargo, se decanta por la solidaridad como bien jurídico del delito en estudio.

²⁶⁸ Véase CARBONELL MATEU y GONZÁLEZ CUSSAC, Comentarios al art. 195, en *Derecho penal-PE*, AA.VV., p. 244.

Capítulo VI

EL PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD COMO LÍMITE DEL *IUS POENALE*

SUMARIO: 1. La función dogmática (interpretativa) del principio de ofensividad – 2. Sobre la ubicación sistemática de la lesión o peligro de lesión al bien jurídico – 3. Los supuestos de subsunción “formal” de la conducta (a la descripción legal) sin ofensa al bien jurídico protegido – 4. La no punibilidad del hecho ofensivo socialmente adecuado: Teoría de la adecuación social: 4.1 Origen, delimitación conceptual y límites; 4.2 Teoría del hecho punible y “referenciabilidad” social; 4.3 Un importante planteamiento metodológico; 4.4 Bases normativas de la teoría de la adecuación social; 4.5 La adecuación social y la negación del desvalor de acción y de resultado – 5. El hecho de ínfima ofensividad y la controvertida cuestión de su (no) punibilidad: 5.1 La fundamentación de la no punibilidad del hecho de ínfima ofensividad: una “vexata quaestio”; 5.2 Otras razones para la no punibilidad del hecho de ínfima ofensividad; 5.3 El criterio interpretativo de la insignificancia: concepto, origen, consecuencias y distinciones; 5.4 La discutible admisibilidad del criterio interpretativo de la insignificancia penal; 5.5 El reconocimiento del criterio interpretativo de la insignificancia penal en el Derecho comparado y sus implicaciones dogmáticas.

1. La función dogmática (interpretativa) del principio de ofensividad

La segunda¹ e importante función que el principio de ofensividad está orientado a cumplir concierne al plano *dogmático* y interpretativo y aplicativo de la ley penal. Es una función con pretensión “material” y significa que la exigencia de una concreta ofensa al bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*) debe vincular no sólo al legislador (en el plano político-criminal) sino también tanto al intérprete como al aplicador de la ley, particularmente cuando aquél no ha cumplido la inaplazable exigencia de configurar el tipo penal como una *ofensa* al bien jurídico (es decir, cuando no ha observado el axioma *nulla lex sine iniuria*).²

De la concepción del *injusto penal* mantenida en las páginas anteriores, es decir, de la preeminencia del desvalor del resultado, entendido como una desvaliosa o desaprobada lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico, derivan como consecuencias naturales: (a) “que el supuesto de hecho, incluso cuando describe un delito de acción, debe ser construido en

¹ En cuanto a la primera función del principio de ofensividad cfr. *supra* Capítulos IV y V.

² Si con el principio de ofensividad no se quiere que represente una mera declaración de palabras huecas o un adorno floral en nuestro sistema punitivo ha de tenérselo en cuenta siempre y en todo caso también a la hora de aplicar el Derecho: así GONZÁLEZ CUSSAC, Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal, *Poder Judicial* n. 28, 1986, p. 34. Respecto a la función hermenéutica del principio de ofensividad cfr. MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 229. Sobre el esfuerzo interpretativo de la jurisprudencia italiana para reconocer una concreta peligrosidad de la conducta en hipótesis tradicionalmente concebidas como peligro abstracto cfr. GRASSO, L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato, *RIDPP*, 1986, p. 708-713. En la última página citada (p. 713, nota 127) el autor menciona dos sentencias de la Corte Constitucional italiana que ha delimitado los requisitos mínimos para la punibilidad del delito de instigación al odio (art. 415, CP) y apología; cfr. también PALAZZO, Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali, *Costituzione, diritto e processo penale*, AA.VV., p. 59 y ss.; CAVALIERE, Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata, *Costituzione, diritto e processo penale*, AA.VV., p. 133 y ss. La teoría del bien jurídico es, según BUTELER (Garantías y bien jurídico, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA.VV., p. 414) “principio hermenéutico directriz, dirigido a los jueces en la interpretación y aplicación de la ley penal, que inspirados y determinados en una interpretación teleológica del Sistema, no deben constitucionalmente castigar ningún comportamiento, que aunque encuadrado en el tipo legal, no viole la norma que éste expresa, por no haber afectado el bien jurídico en los casos de lesión; o no haber sido el comportamiento idóneo para, en el caso concreto, haber generado el peligro presumido por la ley”.

torno a un hecho intrínsecamente ofensivo; (b) ello implica que cuando el carácter de la ofensividad no está presente en el hecho concreto, el juez, interpretando teleológicamente el supuesto de hecho en referencia al bien jurídico, deberá declarar que la conducta concreta, aparentemente ilícita, en realidad, no integra los extremos del hecho típico”.³

Dicho de otra manera: “la garantía que emana del derecho de libertad del ciudadano impone que el legislador atienda al principio de ofensividad y configure el tipo penal como una tangible ofensa (lesión o peligro de lesión) al bien jurídico, que es una realidad ‘externa’ y preexistente al derecho; por otro lado, la misma garantía significa que él está impedido mediante la conminación de una sanción penal de anticipar la tutela para momentos en que existe tan sólo una voluntad o una personalidad antisocial o aún una mera conducta desvaliosa que el legislador presume ser peligrosa a los citados bienes jurídicos. Si el legislador no llega a traducir la garantía de la ofensividad en una formulación típica clara, de tal modo a permitir la posibilidad de diversas interpretaciones, incluso una que no presenta ninguna ofensa al bien jurídico, no cabe duda que el intérprete o el aplicador de la ley, tanto para garantizar el derecho fundamental de libertad como para reconducir la represión penal a los límites trazados por el principio de ofensividad, debe sufragar la que mejor se conforma con el modelo de Estado constitucional de derecho”.⁴

³ Cfr. GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, p. 118.

⁴ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 343. Cuando resulta anulada la realidad ontológica existencial y social en la fase normativa, la única vía de salida es, como dice PETTOELLO MANTOVANI (*Il valore problematico della scienza penalistica*, p. 81), el dominio total conferido al regulado en la fase interpretativa.

La teoría del bien jurídico y el principio de necesaria ofensividad, como se ve, también en el plano dogmático cumplen funciones complementarias. La primera es indudablemente relevante para la debida *interpretación* de los tipos penales. Ejerce, por lo tanto, una función interpretativa y restrictiva del ámbito de comprensión del injusto (= de lo punible). Una vez individualizado con precisión el concreto bien jurídico protegido por la norma penal, la teoría del bien jurídico cumple la importante función dogmática no sólo de permitir conocer el exacto alcance y los límites de lo prohibido, sino también al mismo tiempo señala las formas por las cuales el bien jurídico puede ser atacado u ofendido.

El destinatario natural de la función dogmática del bien jurídico es, por tanto, el *intérprete*, a quien cabe descubrirlo e individualizarlo. Por ello se afirma: “Adquiere de esta manera el bien jurídico, papel central en la interpretación de los tipos penales, hablándose de que en el momento de aplicación e interpretación judicial de la ley penal, cumple una ‘función dogmática’, ‘función interpretativa’, ‘función de guía de la interpretación’ o ‘función dogmática y exegética’”.⁵

Por supuesto que la *función dogmática del principio de ofensividad* está dirigida también al *aplicador de la ley*, que es siempre un calificado intérprete del texto normativo. En el momento de la *aplicación de la ley*, por lo tanto, él cumple un relevante papel.

Si se considera que todo delito debe comportar la lesión o la puesta en peligro concreto del bien jurídico, es menester “en el momento de

⁵ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 202, quien cita en el sentido del texto las posiciones de OCTAVIO DE TOLEDO, LUZÓN PEÑA, MIR PUIG y GONZÁLEZ CUSSAC.

aplicación de la ley penal que el comportamiento concreto que se está juzgando haya lesionado o puesto en peligro el bien jurídico. En este sentido se habla de una ‘doble influencia’ del principio de lesividad: por una parte, sobre el legislador, que es el que elige el bien jurídico a tutelar; por otra parte, sobre el juez, quien no se puede conformar con la subsunción formal del hecho en el comportamiento descrito por la norma, sino que tendrá que comprobar que dicho comportamiento ha lesionado o ha puesto en peligro el bien jurídico protegido a través de dicha norma, y en el caso de que no sea así, deberá declarar su atipicidad”.⁶

Las funciones que acaban de ser mencionadas, conviene reiterar, no son excluyentes, sino complementarias. Pasa en el momento dogmático lo mismo que en el plano político-criminal. La teoría del bien jurídico y el principio de ofensividad, al lado de tantos otros principios y de la propia Constitución, forman, por supuesto, un *continuum* de criterios limitadores del *ius puniendi* bien como del *ius poenale*.

No ofrecen un catálogo cerrado de los bienes jurídicos que deben ser protegidos ni tampoco fórmulas matemáticas sobre la determinación del “ataque”, sino un *continuum* de criterios garantistas, que van delimitando gradualmente el ámbito de lo punible desde el plano político-criminal (*selección del bien jurídico y descripción de la ofensa*), pasando por la *interpretación* de la norma penal, hasta llegar, finalmente, en el momento de su aplicación.

De todos modos, conviene subrayar que es *distinto* el *nivel de eficacia* y operatividad de los límites apuntados. Considerándose que es el legislador,

⁶ Cfr. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 202.

debido al principio democrático, el único responsable del diseño de la política-criminal y que, por su legitimación democrática directa, disfruta de un amplio margen de discrecionalidad en el momento de la selección del bien jurídico, es evidente que el *control judicial* de su actividad, en este momento, incluso por el Tribunal Constitucional, es muy estrecho. Por ello, con precisión, se dice que los criterios limitadores del *ius puniendi*, en verdad, son “criterios negativos de deslegitimación”.⁷

En la fase interpretativa y de aplicación de la ley al caso concreto todo es diferente, porque ahora el control judicial (incluyendo el Tribunal Constitucional) se hace mucho más presente, sea sobre la individualización del bien jurídico, sea sobre la exigencia de la necesaria ofensividad de la conducta.

A los jueces y tribunales, como intérpretes y sobre todo como aplicadores de la norma penal, se les confiere un margen extraordinario de control constitucional del producto legislativo ordinario. No sólo deben singularizar el bien jurídico en cada norma penal concreta, sino también comprobar si este mismo bien jurídico ha sido concretamente lesionado o puesto en peligro, no debiendo conformarse con la mera subsunción formal del hecho en la descripción legal, es decir, con la mera aplicación *formal* del Derecho. Una vez comprobado que el comportamiento no ha efectivamente lesionado o puesto en peligro el bien jurídico, deben declarar su “atipicidad”, aunque reconociendo la subsunción formal de la conducta.

⁷ Así. AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, p. 213.

Como ejemplo de interpretación teleológica y restrictiva del tipo penal cabe citar la doctrina de SILVA SÁNCHEZ⁸ que, analizando el artículo 319.2 del NCP,⁹ afirmó: “El bien jurídico protegido aparece caracterizado por la protección de las propiedades del suelo como marco físico de la vida humana frente a agresiones urbanísticas... de cómo se configuren las agresiones urbanistas dependerá el efectivo respeto a los principios de fragmentariedad y lesividad (y, por tanto, en definitiva, de proporcionalidad)... La interpretación más difundida asocia el contenido de lesividad del delito a la mera ‘violación de la normativa reguladora de la ordenación del territorio, en la medida en que dicha normativa tiende a proteger y mejorar la cualidad de vida de todos los habitantes del mismo’... en todo caso se acaba identificando la lesión del supuesto bien jurídico con la pura realización gramatical del tenor literal del precepto y ello supone una auténtica presunción: de la redacción legal y, por tanto, de la realización gramatical del tipo, se deriva la ‘lesión’ de un bien jurídico. Pero eso es precisamente lo que hay que demostrar: que un acto concreto de construcción no autorizada en una zona verde, por ejemplo, compromete las propiedades medio ambientales, por ejemplo, del suelo como hábitat humano en términos de lesividad penalmente relevante”.

La intervención jurídico-penal en el ámbito de la ordenación del territorio –continúa el autor citado– “del modo en que se ha producido a través del art. 319, CP plantea graves problemas de legitimidad en cuanto a la

⁸ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Política criminal moderna: consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español, en *Actualidad Penal* de 8 a 14 junio de 1998, p. 435 y ss. y especialmente p. 440 y 448.

⁹ “Se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de seis meses a tres años, a los promotores, constructores o técnicos directores que lleven a cabo una edificación no autorizada en el suelo no urbanizable.”

concreción del bien jurídico-penal y del riesgo jurídico – penalmente relevante: ello conduce a pensar en la vulneración del principio de proporcionalidad. Ciertamente, es posible proceder por vía interpretativa, tratando de adecuar el tipo al menos a las exigencias materiales que la Constitución exige a la intervención del Derecho penal. En particular, puede ser operativa en este sentido una ‘reducción teleológica’ consistente en exigir para las conductas materialmente típicas la concurrencia de una puesta en peligro grave de las propiedades del suelo como elemento integrante del hábitat humano. En definitiva, se trataría de configurar interpretativamente el delito urbanístico como un delito de explotación irracional, sujetándolo a criterios, como mínimo, correspondientes a los que el legislador propone a los delitos contra el medio ambiente”.

Según la óptica del principio de ofensividad, en resumen, todos los tipos penales deben ser *interpretados teleológicamente*, fundamentándose la interpretación en unas premisas básicas: bien jurídico con “referente individual”, afectación concreta del bien o interés protegido, presencia de un “desvalor de resultado” etc.

En otras palabras, “se trata de negar la posibilidad de interpretar determinados delitos como delitos de mera desobediencia o de peligro presunto. Cualquiera de los tipos que la doctrina ha calificado como delito de mera desobediencia o de infracción de un deber están dotados de antijuridicidad material y lesividad si se interpretan los elementos típicos no formalmente sino teleológicamente, en atención al bien jurídico protegido”.¹⁰

¹⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 205.

Aunque la descripción típica no contemple expresamente un “*referente individual*” (que, como vimos, está presente incluso en los delitos de bienes supraindividuales, es decir, representan los bienes jurídicos “mediatos” tutelados por la norma), ni la forma de *afectación* del objeto material o de la convivencia social, debe evaluarse como la más coherente y correcta, de las diversas conclusiones interpretativas posibles, la que confiere al delito una plasmación no “formal” (delito de desobediencia o mera infracción de un deber), sino “*material*” (delito dotado de antijuridicidad material, es decir, de ofensividad, de un desvalor de resultado).

Lo que acaba de ser afirmado es válido sobre todo para los delitos que protegen bienes supraindividuales, tradicionalmente concebidos como infracciones de peligro abstracto. Indudablemente también ellos pueden ser “*lesionados*”, o mejor dicho, “*afectados*”, desde que no se interprete lesividad como “daño” o destrucción en sentido naturalístico.¹¹ En los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales la afectación del objeto del delito es un elemento del tipo de injusto, y como tal se deberá de juzgar *ex ante*, y un resultado, en el sentido de que se debe de juzgar *ex post* la efectiva lesión del objeto del delito.¹²

¹¹ Sobre la lesividad con relación a los bienes supraindividuales cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 213 y ss., que subraya la importancia de distinguir entre afectación y destrucción del bien jurídico (p. 220): “...en los delitos contra el honor, lo usual es que la injuria o la calumnia no ‘destruyan’ el honor; lo mismo se pasa con el delito de amenaza etc.”.

¹² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 134-136 y p. 149 y ss.

Delineadas en líneas generales las exigencias mínimas relacionadas con la interpretación teleológica de los delitos con bienes supraindividuales,¹³ procede enseguida destacar los siguientes ejemplos:

(a) El *delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas*, que un sector de la doctrina concibe como delito de peligro abstracto,¹⁴ exige una interpretación “material” del tipo [art. 379, CP] y requiere, junto a la superación del índice de alcohol, por parte del conductor, que exista conducción efectiva en una vía pública y que el conductor tenga sus condiciones físicas y psíquicas efectivamente alteradas por el alcohol u otras sustancias estupefacientes.¹⁵

En una reciente decisión¹⁶ el Tribunal Supremo sintetizó bien la orientación jurisprudencial hoy predominante: “... para la comisión del delito previsto en el art. 379 del Código Penal, no basta conducir con una determinada tasa de alcoholemia, sino que es menester que el conductor lo haga “bajo la influencia” del alcohol, o de cualquiera otra de las sustancias legalmente previstas en el citado artículo, ya que el mismo no es

¹³ Aquí estamos cuidando de los delitos con bienes supraindividuales bajo la perspectiva interpretativa. En cuanto al aspecto político-criminal (límite al legislador) cfr. *supra* Cap. V, n. 5.

¹⁴ Cfr. GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 135 y ss. No exige el Código que se produzca un riesgo. Lo decisivo, afirma SERRANO GÓMEZ (*Derecho penal-PE*, p. 661), “es que se conduzca ‘bajo la influencia’ de tales sustancias, por lo que se comete delito si se condujera por un camino particular sin prácticamente ningún tráfico rodado, aunque ello en realidad resulte excesivo”.

¹⁵ La jurisprudencia mayoritaria defiende esta concepción del delito en cuestión (SSTS de 22 de febrero de 1991, de 23 de enero de 1993, de 14 de julio de 1993 etc.; STC 22/1988, de 18 de febrero).

¹⁶ Cfr. STS 3/1999, de 09 de diciembre (Pte. PUERTA LUIS).

una norma penal en blanco y, por tanto, debe entenderse que el solo dato del nivel de alcoholemia, sin otras connotaciones, solamente es suficiente, en principio, para motivar una sanción administrativa. No basta, pues, para que deba entenderse cometido el delito de conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas del art. 379 del Código Penal, que el conductor del vehículo rebalse las tasas establecidas... sino que es preciso –como se desprende del tenor literal del precepto– que conduzca “bajo la influencia” del alcohol, o de las otras sustancias legalmente previstas, en su caso, de modo que lo haga con alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción. De ahí la relevancia que, junto al resultado de las pruebas de alcoholemia, deba reconocerse a otros elementos de prueba, tales como el testimonio de las personas que hayan observado la forma de conducir o de comportarse el conductor de que se trate, particularmente el de los agentes de la Autoridad que hayan practicado la correspondiente prueba. Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico etc.)”.

Lo fundamental, según la concepción del injusto penal que venimos asumiendo desde el inicio de nuestra exposición, es que, incluso en los delitos que protegen bienes supraindividuales, el objeto de tutela (y del ataque) haya efectivamente entrado en el “radio de la acción” peligrosa,¹⁷

¹⁷ Porque sin ello no existe peligro penalmente relevante: cfr. MÉNDEZ RODRÍGUEZ, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, p. 123.

directa o indirectamente, y que la lesión se muestre probable. Como se ha afirmado en la Sentencia *supra*:

“Para que exista el delito de conducción de vehículo de motor bajo influencia de bebidas alcohólicas es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes jurídicos protegidos (la vida, la integridad de las personas, la seguridad del tráfico etc.)”.

Ello se debe a que los delitos de peligro presuponen la posibilidad de “contacto” entre acción y objeto de protección.¹⁸ No es por otro motivo que los autores que se ocupan del tema abogan por la ineludible necesidad de que el delito se cometa por una *vía* considerada *pública*, aunque el tipo no mencione expresamente ese requisito.¹⁹

Fue precisamente con base en esos planteamientos teleológicos materiales (el tipo penal no puede ser interpretado “formalmente”, de modo que se admita un delito de desobediencia o de mera infracción de un deber) que la doctrina brasileña²⁰ interpretó diversos dispositivos del nuevo Código de Tránsito (Ley 9.503/97), particularmente los previstos en los artículos 306

¹⁸ Cfr. BINDING, apud. Cfr. TORÍO LÓPEZ, Los delitos del peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto), ADPCP, 1981, p. 842.

¹⁹ Cfr. GÓMEZ PAVÓN, *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*, p. 29 y ss.

²⁰ Cfr. JESUS, Damásio E. de, *Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*, p. 144 y ss.; GOMES, Luiz Flávio, *Estudos de Direito penal e processo penal*, p. 47 y ss.

(conducir bajo influencia de alcohol u otra sustancia) y 309²¹ (conducción de vehículo automotor sin el correspondiente permiso).

En lo relativo al primero (conducción bajo influencia de alcohol) la *communis opinio* señaló que no basta la injerencia de alcohol u otra sustancia, sino la conducción bajo su *influencia*, es decir, con la capacidad de conducir reducida, disminuida. Además, el tipo aún requiere que la conducta cause “daño potencial a la integridad de otra persona”. Eso significa que es preciso, más allá de conducir con una determinada tasa de alcoholemia, la exteriorización de una forma “anormal” de conducir, una irregular conducción, que pueda reconocerse objetivamente (y ser constata por el juez) como peligrosa (= potencialmente lesiva para bienes personales).

En síntesis, una conducción potencialmente dañosa no a una persona singular, individualizada, sino a un *número indeterminado de personas* (*peligro indirecto o común*), que entraron en el “radio de acción” de la conducta peligrosa. Al sujeto no se le castiga exclusivamente porque ha conducido con un cierto nivel de alcoholemia, rebasando las tasas establecidas (hasta aquí está configurada la infracción administrativa si se llega al mínimo de 0,6 gramos por 1.000 centímetros cúbicos de alcohol en la sangre), sino porque en tales condiciones (“*bajo la influencia*”) ha practicado una conducta externa, visible, que revela anormalidad o irregularidad en la conducción, suficientemente capaz (con idoneidad,

²¹ La redacción de los referidos artículos son las siguientes: Art. 306: “Conducir vehículo automotor, en vía pública, bajo la influencia de alcohol o sustancia de efectos análogos, exponiendo a daño potencial la incolumidad de otra persona”; Art. 309: “Dirigir vehículo automotor, en vía pública, sin el debido permiso para dirigir o la habilitación o, aún, si cesado el derecho de dirigir, causando peligro de daño”.

aptitud, potencialidad) para generar un resultado de peligro (indirecto) a bienes jurídicos personales.

Ahora bien, no basta con comprobar la aptitud o idoneidad de la conducta (conducción anormal), es decir, únicamente el *desvalor de la acción*. También es fundamental constatar si los bienes jurídicos (seguridad del tráfico y bienes personales) han entrado en el *radio de acción* del comportamiento, es decir, “es menester que la conducta enjuiciada haya significado un indudable riesgo para los bienes protegidos” (*desvalor del resultado*).

En cuanto a los bienes *particulares*, no se trata en todo caso de un “indudable riesgo” *directo*, porque no es necesario presentar una víctima concreta, determinada. Por tanto, basta un “*indudable riesgo*” *común/general o indirecto*, es decir, para *personas indeterminadas*, que en aquél momento hubieran podido ser lesionadas o puestas en peligro concreto directo. De ahí la exigencia de que la conducción sea en vía pública y de que personas indeterminadas entren en el “radio de acción” del comportamiento peligroso.

No es sencilla la tarea de determinar cuando un bien jurídico supraindividual resulta “lesionado” (“afectado”). De todos modos, la teoría del peligro concreto indirecto (para los bienes personales),²² en los términos analizados, puede servir de criterio auxiliar interpretativo de los tipos penales referidos.

(b) En lo concerniente al artículo 309 de la ley brasileña de circulación (*conducción sin el debido permiso*), después de criticar la decisión del

²² Sobre la teoría del peligro concreto indirecto cfr. *supra* Cap. V, n. 3.

legislador de criminalizar esa conducta, la doctrina subraya la clara diferencia entre la infracción administrativa correspondiente y el delito: el último exige un *plus* en comparación con aquella, que es precisamente la capacidad de la conducta concreta practicada de *generar peligro de daño*. Lo fundamental para la punibilidad es que el conductor, sin el debido permiso, conduzca de forma anormal, irregular, demostrando inhabilidad y así afectando no sólo a la seguridad vial²³ (que es el bien jurídico supraindividual) sino también la seguridad e integridad de las cosas o de un número indeterminado de personas.

Para Damásio de Jesus,²⁴ sin embargo, no sería el caso de clasificar estos nuevos tipos penales del Código de Tránsito brasileño como delitos de peligro. Prefiere entender que estaríamos ante delitos exclusivamente de *lesión* porque el conductor, con su dirección anormal, reduce el nivel de seguridad del tráfico, que sería el bien jurídico afectado. Estaríamos así frente a un delito (sólo) de lesión a un bien jurídico supraindividual (seguridad del tráfico).

La objeción central que se puede formular contra ese planteamiento consiste en que desconsidera el “referente individual” de todo delito y, en

²³ La primera Sentencia del Superior Tribunal de Justicia (RHC 8.182, ponente Fernando Gonçalves) sobre el tema ha acogido integralmente la doctrina expuesta, in verbis: “Simplemente conducir vehículo automotor sin el debido permiso configura infracción administrativa (CT, art. 162, I), no el delito del artículo 309, que depende de una conducción anormal”.

²⁴ JESUS (Damásio E. de, *Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*, p. 27).

consecuencia, podría permitir una interpretación y aplicación puramente “formal” de la ley.²⁵

Ahora bien, si a la referida doctrina se agrega el necesario “*referente individual*”, se llega a la conclusión de que el citado delito (art. 309) no es sólo de lesión, sino de “*lesión – peligro concreto indirecto*”, es decir, *lesión* al bien jurídico “anticipado” (seguridad del tráfico) y *peligro concreto indirecto* a bienes jurídicos de sujetos pasivos indeterminados. Corresponde al juez siempre verificar, por consiguiente, si en la situación concreta ha existido un “contacto” –aunque indirecto– entre la acción peligrosa y el bien jurídico. Y cuando se plantea la hipótesis de que concretamente jamás hubiera podido determinarse ese contacto, no hay tipicidad.

Con la preocupación de que los tipos penales que protegen bienes supraindividuales deban ser (re) interpretados teleológicamente, es decir, en un sentido “*material*” lesivo, con la consecuente restricción del ámbito de lo punible, Corcoy Bidasolo ha enfocado, siguiendo ésta línea político-criminal, los delitos de: (a) falsedad documental,^{26 y 27} (b) contra el medio

²⁵ Si los criterios para se aprehender el bien jurídico son el daño social y la proximidad de la lesión o peligro, considerados en sentido formal, resultará muy fácil burlar esta última exigencia: basta crear un bien jurídico abstracto que pueda ser lesionado o puesto en peligro (así CUELLO CONTRERAS, *Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal, ADPCP*, 1981, p. 464).

²⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes juridico-penales supraindividuales*, p. 223: “En los delitos de falsedades documentales la afectación o lesión del documento –objeto del delito– es un elemento esencial de tipo, pero no constituye el contenido de lesividad propio de estos delitos, que se debe buscar en la lesión de la seguridad en el tráfico jurídico. Por ello, cuando se falsifica un documento, si esa alteración no tiene aptitud para inducir a error sobre el significado o contenido de ese documento –por ser una alteración burda, o por estar de acuerdo el autor del documento original –o por no cambiar el significado o el contenido de los hechos respecto de los que ese documento pretende ofrecer seguridad–, ese comportamiento no dará lugar a responsabilidad penal, por faltar la lesividad, pese a que, en sentido formal, existe un documento alterado”.

²⁷ Es posible llegar a un resultado prácticamente idéntico cuando se interpreta el citado delito desde la perspectiva de los bienes mediatos (personal), cuando entonces el bien jurídico es la seguridad de los

ambiente;^{28 y 29} (c) incendio;³⁰ (d) malversación;³¹ (e) fraude alimentario;^{32 y 33} (f) contra la salud de los consumidores;^{34 y 35} (g) falso testimonio;³⁶ (h)

interesados en la integridad de los instrumentos de prueba (cfr. HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 282). Si el documento no tiene finalidad probatoria o si la alteración no cambia su finalidad probatoria, no hay delito, aunque tenga habido una alteración.

²⁸ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 253-254: “En los delitos contra el medio ambiente, en particular, en el previsto en el art. 325, CP, el objeto del delito es el recurso natural –aire, agua, suelo– sobre el que incide el comportamiento típico y este objeto del delito debe ser efectivamente afectado, precisamente, por ese comportamiento típico. Para la consumación será necesario probar la existencia de ese «daño» imputable al comportamiento típico –realización del tipo penal– y la aptitud de esa afectación del recurso natural para lesionar el equilibrio de los sistemas naturales –lesividad propia del delito medio ambiental”.

²⁹ Por supuesto que la *quaestio praevia* del bien jurídico en el delito contra el medio ambiente es muy complicada. Las opiniones sobre el bien jurídico son diversas: (a) un determinado modelo de gestión medio ambiental; (b) una ética de corte ecologista; (c) la aspiración global de una sociedad civilizada. Interpretándose el delito mencionado desde una perspectiva predominantemente personal, el bien jurídico estaría constituido por la salud o vida del hombre [es decir, de personas indeterminadas] (cfr. HASSEMER, *Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico*, *Doctrina Penal*, 1989, p. 282-283) y con ello se llegaría a un resultado más restrictivo del tipo. Es preciso, sin embargo, considerar el hombre como persona individual, no como un “género, comprensivo incluso de las generaciones futuras”. Para SILVA SÁNCHEZ (¿Protección penal del medio ambiente? Texto y contexto del artículo 325 del código penal, *La Ley*, 1997, D-132, p. 1.716) no se trata de un delito de peligro concreto, sino de “aptitud”, es decir, “parece que el mínimo necesario para la intervención penal, esto es, la puesta en peligro grave del medio ambiente (en términos de peligro concreto o de peligro abstracto, entendido como peligrosidad de la conducta) difícilmente puede desconectarse de la existencia de una peligrosidad apreciable en la propia conducta, para la vida y salud de las personas”. Desde la óptica del principio de ofensividad, no obstante, no basta la comprobación de la peligrosidad de conducta (desvalor de la acción). Es preciso verificar ulteriormente si los bienes jurídicos mediatos protegidos (salud, vida etc. de personas indeterminadas) han entrado en el radio de acción del comportamiento peligroso, aunque indirectamente. Sin ese “contacto” no existe “desvalor del resultado” y sin éste no hay injusto penal, es decir, no se justifica la intervención penal.

³⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 254: “En el delito de incendio con peligro para la vida o salud de las personas, la regulación del Código Penal ha pasado de un extremo a otro, en el Código Penal de 1973, arts. 547 a 552, existía una regulación casuística y como tal criticable, pero en el Código Penal de 1995, art. 351, CP, se pasa al extremo opuesto y se regula prácticamente, como delito de resultado de peligro sin determinar la conducta típica excepto en que ha de «provocar» un incendio. En todo caso, lo que en este punto nos interesa es que en el Código Penal de 1973 unos tipos estaban configurados como delito de peligro abstracto y otros como delitos de peligro concreto y, en el Código Penal de 1995, como delito de peligro concreto, pero ni en uno ni en otro caso el incendio constituía ni constituye un resultado, en sentido estricto, sino la lesión del objeto del delito. Sin embargo, la jurisprudencia había interpretado que el art. 548, CP, 1973, era un delito de peligro abstracto de resultado, siendo el resultado el incendio, en este sentido, junto con bastantes otras anteriores, una sentencia muy reciente, STS 1997/698, de 5 de febrero de 1997, mantiene esta concepción del incendio como «resultado»”.

-
- ³¹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 255-256: “La malversación, en la actual interpretación de la doctrina es un delito pluriofensivo, en el que es necesaria la lesión del patrimonio público, a través del apoderamiento de bienes adscritos a la función pública, art. 432, CP, o por la utilización privada de bienes muebles o inmuebles adscritos a la función pública, art. 434, CP, y que esta lesión del patrimonio, por la concurrencia de los demás elementos típicos, lesione la confianza del ciudadano en el buen funcionamiento de la Administración Pública. Desde esta perspectiva, cuando la conducta irregular del funcionario es inidónea para lesionar el patrimonio público no se podrá condenar por malversación o si es discutible que la conducta lesione la confianza en el buen funcionamiento de la Administración por no resultar evidente que se trata de una conducta irregular, tampoco se podrá condenar por malversación”.
- ³² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 257: “En el delito de «fraude alimentario» [art. 363], si el producto nocivo no está destinado al mercado, sino que, únicamente, está al alcance de un número determinado de personas, no se podrá castigar por el delito contra la salud de los consumidores, aun cuando se haya puesto en peligro la salud de esas determinadas personas, ya que no se ha lesionado la seguridad y confianza de los usuarios en que los productos que están en el mercado no superan el límite del riesgo permitido. En esos casos, sólo se podría castigar cuando se produjeran lesiones o muerte de alguna de esas personas como delito doloso o imprudente de homicidio o lesiones. Un caso límite sería la utilización de un alimento nocivo en un banquete, en cuyo caso, la decisión en uno y otro sentido dependerá de si se realiza el banquete en un establecimiento público, en cuyo caso concurre delito contra la salud de los consumidores, sea cual sea el número de invitados, o se trate de una fiesta privada servida por los mismos que invitan (en caso de ser servida por terceros estaríamos en un supuesto idéntico al anterior), en cuyo caso la decisión dependerá del grado de privacidad, atendiendo siempre a en qué medida realmente se ha lesionado el bien jurídico protegido”.
- ³³ Con relación al antiguo delito previsto en el párrafo primero del artículo 346 (hoy artículo 363, ns. 1 y 2: “Serán castigados... los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: 1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición; 2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud...”). ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, p. 151, ya señalaba: la configuración típica [“que pongan en peligro la salud de los consumidores”] lo que quiere decir es que la mera infracción de las normas sanitarias citadas no basta a efectos de este primer párrafo para dar relevancia típica a los comportamientos descritos, sino que el estado de salud de personas concretas ha de padecer una situación de riesgo para que verdaderamente surja la infracción penal. Pero, al darse estas dos circunstancias al unísono, el nivel de salud de la colectividad (de los consumidores como interés difuso) no padece una probabilidad de lesión, sino una actualización de la misma, menoscabo del bien que se manifiesta en una merma apreciable del nivel de salud, concretada en la rebaja objetiva de las condiciones o presupuestos considerados irrenunciables para su mantenimiento”. El NCP no ha cambiado nada la interpretación mencionada, que es apoyada por la doctrina y jurisprudencia: cfr. SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal-PE*, p. 625.
- ³⁴ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 259: “En el delito contra la salud de los consumidores del art. 364. CP., la conducta típica es adulterar con aditivos u agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas –nocivos– alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario. Si se detecta en un almacén la existencia de alimentos o sustancias adulteradas habrá que probar positivamente que esos alimentos o sustancias iban a ser introducidos en el comercio, puesto que, en

cohecho;³⁷ (i) desordenes públicos;³⁸ (j) conducción temeraria;³⁹ y ⁴⁰ (l) manipulaciones genéticas;⁴¹ (m) socio-económicos⁴² y (n) el delito de manipulación de energía nuclear (art. 345).⁴³

caso contrario, faltaría la lesividad propia de estos delitos, que requiere que los productos nocivos se encuentren en el mercado, porque sólo de esa forma se lesiona la seguridad y confianza de los usuarios. Para el fabricante, el delito se consumará cuando lo ponga a disposición del distribuidor o comerciante y para el comerciante cuando lo ponga a la venta, a no ser que puedan considerarse coautores, en cuyo caso la imputación recíproca determinará la consumación en el momento en que pierdan el dominio funcional compartido sobre el producto. Es decir, el elemento determinante para el momento de la consumación, si atendemos al bien jurídico protegido en el delito, es que, objetivamente, quién ha realizado el comportamiento típico haya perdido el control del riesgo que supone ese producto. El delito se consuma cuando el producto nocivo se encuentra en el mercado, por haber salido del ámbito de dominio de quién lo fabricó o comercializó, sin que sea necesario que haya pasado efectivamente al usuario”.

³⁵ En una importante decisión (HC 76.959, S. de 15.09.1998, Pte. SEPÚLVEDA PERTENCE) la Corte Suprema brasileña, interpretando el delito previsto en el art. 7.º, IX, de la Ley 8.137/90 (“vender o exponer a venta producto en condiciones impropias al consumo”) subrayó que no realiza el tipo penal el depósito del producto, aunque haya caducidad. No puede el intérprete anticipar la consumación de un delito que ya es de mera conducta o de consumación anticipada.

³⁶ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 260-261: “Desde la teoría del bien jurídico intermedio con función de representación, en el delito de falso testimonio se protegería la veracidad de los testimonios, que sería el bien jurídico intermedio que representaría a la obstrucción a la justicia o a la confianza del ciudadano en la tutela judicial efectiva, que sería el bien jurídico representado. El testimonio y su veracidad es el objeto del delito, al igual que el documento y su veracidad es el objeto del delito de falsedades documentales, pero para que el hecho sea lesivo, merezca sanción penal, es necesario que esa falta de veracidad del testimonio sea idónea para afectar la confianza en la tutela judicial efectiva”.

³⁷ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 263-264: “De la importancia de la interpretación teológica de los tipos, en el sentido de restringir el ámbito de lo punible, tenemos un claro ejemplo en las consecuencias de la evolución jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho, que ha pasado de concebirse como protección del deber de probidad derivado del cargo, a la protección del principio de imparcialidad. Este cambio de concepto, unido a la interpretación del tipo a la luz del principio de imparcialidad, permite restringir el tipo en los supuestos en que el interés de los ciudadanos en la imparcialidad de la actuación pública no se vea seriamente afectado, en este sentido, p. ej., STS de 5 de febrero de 1996 (RJ 1996/797)”.

³⁸ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 264: “En el mismo sentido, el cambio de orientación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos ha llevado a una interpretación restrictiva de los tipos, por cuanto se exige no sólo que se haya producido la perturbación del orden público, sino además que esta alteración lesione la paz pública,

entendida como «conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la vida social». p. ej. STS de 19 de enero de 1994 (RJ 1994, 76)".

- ³⁹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes juridico-penales supraindividuales*, p. 131: "En el delito de conducción temeraria, delito de peligro concreto, el bien jurídico-penal protegido es la seguridad en el tráfico viario y el resultado, en sentido jurídico, ha de ser la «lesión» de ese bien jurídico-penal. El peligro concreto para la vida o la salud supone que en este delito se protege, junto a la seguridad en el tráfico viario, la vida o salud, como bienes juridico-penales individuales. Respecto de la protección del bien jurídico-penal vida o salud, en este delito, tanto el resultado, en sentido jurídico como el resultado en sentido material, son de peligro y no de lesión."
- ⁴⁰ En el sentido del art. 381 con relación a los bienes particulares contemplar un delito de peligro individual, no común cfr. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal-PE*, p. 593. Es por lo tanto un delito de peligro concreto: SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal-PE*, p. 667.
- ⁴¹ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes juridico-penales supraindividuales*, p. 167: "En los delitos de manipulaciones genéticas, el tipo básico requiere que la conducta de «manipulación» modifique al ADN, es decidir, que altere el genoma, esta alteración del «genoma» es un «resultado» y, como tal, deberá de ser imputado a la conducta de manipulación, pero ello no implica de forma inmediata que se haya afectado el bien jurídico-penal protegido, sino que será necesario un segundo juicio para imputar a esta alteración del genoma su idoneidad para afectar la identidad de la especie humana. En consecuencia, las alteraciones del genoma que no tengan posibilidad de reproducirse en otros individuos carecerán de relevancia penal aunque formalmente realicen el tipo".
- ⁴² Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes juridico-penales supraindividuales*, p. 187: "En los delitos socio-económicos y más en concreto, en los delitos tributarios, el Derecho penal cumple una función preventiva evidente, sobre todo en relación con los «grandes» defraudadores que siempre pueden cuantificar las sanciones administrativas para poder pagar en el caso de que sean objeto de una inspección tributaria. Por el contrario, desde una perspectiva preventiva, para los «pequeños» defraudadores puede ser suficiente la sanción administrativa ya que el pago de la multa les suele ser extremadamente dificultoso. Del ejemplo anterior, podemos deducir, dos consecuencias importantes: *Primera*: que en los delitos socio-económicos el Derecho penal es el único que cumple una efectiva función preventiva, siempre y cuando la sanción no se limite a una multa y no se instaure la responsabilidad penal exclusiva de las personas jurídicas; *Segundo*: que en los delitos con duplicidad sancionatoria es muy importante reservar la intervención penal a las conductas especialmente graves y dejar fuera la demás. Es decir, prácticamente, al contrario de lo que está sucediendo en la práctica de los Tribunales".
- ⁴³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes juridico-penales supraindividuales*, p. 189: "Un ejemplo puede ser el de la energía nuclear... Pero es que su ilícita utilización no es sólo su uso destinado directamente a matar, sino que también es ilícita su utilización cuando, por ejemplo, en empresas de energía nuclear o en hospitales se manipula sin cumplir las medidas de seguridad exigibles en una actividad tan peligrosa. Esa conducta es ilícita con independencia de que se produzcan resultados lesivos que le puedan ser imputables porque la única forma que tiene el Derecho para controlar riesgos de esa magnitud es intervenir antes de que se desencadenen los resultados y, frente a las infracciones más graves el Derecho que debe de intervenir es el Derecho penal, porque la gravedad del riesgo así lo exige". De cualquier modo, según nuestro juicio, en el caso de manipulación de energía nuclear que acaba de ser enfocado (art. 345 CP, que es distinto del art. 341) tenemos un ejemplo de lo que los italianos llaman de "tipos cargados", es decir, hay "una carga lesiva semántica" por la peligrosidad *in se* que representa la energía nuclear. Aun así,

En suma: la función dogmática del principio de ofensividad es de fundamental relevancia para la interpretación (teleológica) de los tipos penales, particularmente en las situaciones en que el sujeto sólo “aparentemente”, gramaticalmente realiza la “letra de la ley”, sin llegar a ofender concretamente el bien jurídico (v.g.: una falsedad inocua).

Un natural efecto práctico de la función dogmática del principio de ofensividad, en consecuencia, consiste en permitir excluir del ámbito de lo punible aquellas conductas que, aunque hayan cumplido formalmente o literalmente la descripción típica, en concreto se muestren inofensivas o no significativamente ofensivas para el bien jurídico tutelado. No resultando ninguna lesión o efectivo peligro de lesión al bien jurídico o mismo cuando la ofensa no es significativa, no se puede hablar de un hecho penalmente punible ⁴⁴ (típico).

Ahora bien, desde el punto de vista de la teoría del delito, ello significaría ¿exclusión de la antijuridicidad material, eximente de pena o causa de exclusión de la propia tipicidad entendida en sentido material? Como veremos enseguida, queda excluida la propia tipicidad.

2. Sobre la ubicación sistemática de la lesión o peligro de lesión al bien jurídico

pienso que hay que evidenciar en el caso concreto aquél mínimo contacto entre la acción peligrosa y el bien jurídico (vida, integridad física etc. de un número indeterminado de personas).

⁴⁴ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 459, extraen una conclusión referida al derecho italiano pero válida para otros ordenamientos jurídicos: “Non si può escludere che nella legislazione penale italiana vi siano reati modellati secondo principi diversi dal principio costituzionale di offensività: in tale eventualità l’interprete deve ricostruire il reato in modo da

Gallas,⁴⁵ analizando la teoría final de la acción como una evolución caracterizada por la progresiva descomposición del sistema clásico de Liszt/Beling, después de sintetizar el concepto causal-naturalista de delito (*acción*: conducta voluntaria en el sentido de que algo fue querido por el sujeto; *típica*: la subsunción en el tipo neutro valorativamente, que no permite fundar aún la antijuridicidad; *antijurídica*: toda acción típica es indicio de la antijuridicidad, que resulta alejada cuando concurre una causa de justificación; *culpable*: atribución subjetiva de la acción al autor, por medio del dolo o de la culpa) y subrayar que el criterio *teleológico y referido a valores* se sitúa en contraposición a ese ‘formalismo’, así como al *naturalismo* de la prevaleciente teoría del delito, afirmó: “El más importante resultado dogmático [de la corriente de la filosofía de los valores] es el desplazamiento del concepto formal de la antijuridicidad, que toma como objeto la naturaleza antinormativa de la infracción, en favor del concepto *material* orientado a un fin de protección jurídica. El delito constituye un injusto en cuanto lesiona o pone en peligro bienes protegidos por el ordenamiento (...); Tampoco fue ya posible mantener una separación entre el tipo y la función de protección propia del ordenamiento penal. De este modo ha perdido aquél su neutralidad valorativa, se ha convertido en la descripción legal de la lesión del bien jurídico, propia del delito respectivo, y ha pasado de ser un indicio de antijuridicidad (*ratio cognoscendi*) a transformarse en el elemento portador (*ratio essendi*) del injusto”.

El sistema clásico se caracterizaba como un sistema “cerrado” y apartaba a la dogmática, por un lado, de las decisiones valorativas político-criminales,

armonizzarlo con il principio di offensività: ove ciò non sia possibile, la norma incriminatrice è incostituzionale”.

⁴⁵ Cfr. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, p. 7-9.

y, por otro, la comunicaba de la realidad social; por su vez, la metodología referida a los valores del neokantismo tampoco ha elegido las directrices político-criminales como criterio para abordar los fenómenos dogmáticos. El desarrollo de la filosofía de los valores, no obstante, como señala Roxin,⁴⁶ “ha conducido únicamente –lo que ya es algo– a que en la teoría del tipo ocupe un lugar preeminente la interpretación conforme al bien jurídico protegido”. Es que el bien jurídico, como decía Mezger,⁴⁷ “está destinado a circunscribir más exactamente, siempre, la función protectora de cada hecho punible, y por ello se presenta como un medio extraordinariamente valioso e imprescindible para interpretar correctamente la esencia íntima de los preceptos del Derecho penal”.

El bien jurídico, así, siendo el objeto de protección de la norma,⁴⁸ pasa a ser relevante para la ley penal positiva (para el tipo penal y su interpretación), “que es el vehículo mediante el que se expresan las normas jurídicas”.⁴⁹ Con ello naturalmente la lesión o peligro de lesión a ese bien jurídico gana relieve dentro de la tipicidad, que desde entonces cuenta con un contenido también material.

Ha de observarse cómo el *abstractum* de la llamada antijuridicidad material (lesión o peligro de lesión al bien jurídico), con la metodología

⁴⁶ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 35-36.

⁴⁷ Cfr. MEZGER, *Derecho penal*, p. 159.

⁴⁸ El delito, entonces, deja de ser una mera infracción de la norma (antinormatividad formal) o de un deber de fidelidad para transformarse en un hecho ofensivo (lesión o peligro de lesión al bien jurídico). Todo ello se debe al carácter predominantemente “valorativo” de la norma penal (cfr. *supra* Cap. IV, n. 1).

⁴⁹ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 254.

referida a valores, pasa a constituir el centro del concepto material de tipo. A partir de ese marco valorativo, todas las apelaciones a la antijuridicidad material,⁵⁰ entonces, en verdad, deben ser reconducidas a la tipicidad.⁵¹

Cuando Roxin dice “si en la comprobación de la antijuridicidad formal no da resultado la búsqueda de una causa de justificación positiva, pero a causa de la falta de daño social el juicio de antijuridicidad aparece desde el punto de vista político-criminal como erróneo, se puede negar la antijuridicidad material con una ponderación de los bienes e intereses”,⁵² debemos comprender que la “falta de daño social” lleva a la atipicidad de la conducta, aunque en apelación a la antijuridicidad material.

Cuando se constató que no tiene sentido la distinción entre antijuridicidad formal y material, la lesión o peligro de lesión al bien jurídico, como fruto de la contradicción de un hecho con la norma penal, pasó a tener relevancia para el concepto material de tipo. Incluso porque el bien jurídico también es típico (se extrae del tipo y para la interpretación del tipo). El bien jurídico (y su necesaria ofensividad), así, “cobrará la mayor importancia como ‘nódulo’ o corazón del delito, pues ofrece, según se afirma, un criterio *material* sumamente decisivo en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito y, por tanto, de los tipos penales en particular”.⁵³

⁵⁰ La doctrina mayoritaria, en efecto, afirma que la esencia de la antijuridicidad material es la ofensa a un bien jurídico: cfr. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 85.

⁵¹ Sobre la evolución del concepto de tipicidad cfr. ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, p. 206 y ss.

⁵² Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 37.

⁵³ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 289.

La punición de una conducta, en consecuencia, está subordinada a la subsunción del comportamiento en un tipo penal en sentido “no sólo formal, sino también material”. De esta consideración del tipo en sentido material derivan como consecuencias el paso de una neutralidad valorativa, propia del concepto clásico de tipo (que se debe a Beling, 1906), a una consideración moderna referida a valores. “El sentido y el alcance de la conducta típica sólo pueden ser comprendidos desde puntos de vista valorativos, determinantes de la selección de este comportamiento como digno de castigo. El tipo constituye el elemento portador del contenido de dicha calidad de digno de castigo propio de la especie respectiva de infracción, la manifestación de la figura delictiva”.⁵⁴

En suma: el tipo penal deja de ser un simple modelo orientador (e indicio de la antijuridicidad) para transformarse en un tipo “portador de sentido”, como expresión de la dañosidad social. Pasa a configurar un “tipo de injusto”, es decir, “circunscribe el injusto al cual el Código penal conecta la conminación de una pena; es ‘injusto tipificado’ (siempre que no exista una causa de exclusión del injusto).⁵⁵ En la descripción del injusto le corresponde, por lo tanto, una significación *material*, es su ‘fundamento real’, su ‘ratio essendi’, y no sólo su fundamento de reconocimiento, no mera ‘*ratio cognoscendi*’”⁵⁶

⁵⁴ Cfr. GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, p. 26-27.

⁵⁵ El tipo penal es ‘sedimentación concreta’ o ‘irradiación’ de un ilícito; es un ilícito acuñado típicamente o ‘portador de valoración’ de un comportamiento ilícito (cfr. DIAS, Jorge de Figueiredo, *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*, p. 221).

⁵⁶ Cfr. MEZGER, *Derecho penal*, p. 145.

El tipo penal, así, es *fundamentador* del injusto penal y *delimitador* del ámbito de lo penalmente relevante.⁵⁷ Tiene un sentido formal y también material: “la conducta, para ser crimen, precisa ser típica, precisa ajustarse formalmente a un tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). No obstante, no se puede hablar todavía en tipicidad sin que la conducta sea, al mismo tiempo, materialmente lesiva a bienes jurídicos”.⁵⁸

En sus relaciones con la antijuridicidad, entonces, ni es un simple indicio (*ratio cognoscendi*)⁵⁹ ni tampoco es ya definitivamente la antijuridicidad.⁶⁰ Es una expresión provisional de la ilicitud, portador de un juicio de desvalor condicionado porque está infiltrado por la ilicitud o una visión esquemática del injusto.⁶¹

⁵⁷ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 288.

⁵⁸ Cfr. TOLEDO (Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito penal*, p. 130-131); Véase aún: TOLEDO (Francisco de Assis, *O erro no Direito penal*, p. 46).

⁵⁹ Tal como se desprendía de la orientación de BELING (que era puramente lógica –no valorativa) según el esquema de regla (tipicidad) / excepción (ausencia de antijuridicidad) o mismo del finalismo de WELZEL (toda realización del tipo es antinormativa y un indicio de la antijuridicidad) (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 128-128).

⁶⁰ Tal como sostienen los adeptos de la teoría de los elementos negativos del tipo (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 130). Acogen citada teoría en España: GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios de Derecho penal*, p. 141, nota 32 (“La materia de prohibición está integrada, por consiguiente, por elementos positivos (las descripciones de los preceptos de la Parte Especial de cualquier CP) y elementos negativos (ausencia de causas de justificación)”; LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal-PG*, p. 299 (“La otra fundamentación es la teoría de los elementos negativos del tipo, defendida ya por A. Merkel en 1889 y por Frank y Radbruch en los años treinta y que, aunque sea minoritaria, es a mi juicio correcta. Según esta concepción el tipo implica siempre antijuridicidad porque sólo hay auténtico tipo penal completo cuando no concurren causas de justificación, y por eso es un ‘tipo total o global de injusto’”. En Brasil: REALE JUNIOR (Miguel, *Teoria do delito*, p. 51: “Si el tipo representa genéricamente una acción animada de un desvalor, la acción típica no es sino la acción concreta dotada de aquel desvalor rechazado por el derecho. Al considerarse la acción en su tipicidad, resulta también su carácter antijurídico y, por tanto, son una sola cosa los juicios de tipicidad y antijuridicidad”).

⁶¹ Cfr. TOLEDO (Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito penal*, p. 128).

Compartimos, en consecuencia, las siguientes conclusiones de Mir Puig:⁶² “la tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal, sino precisamente uno de sus requisitos junto al de ausencia de causas de justificación. De ello se sigue que la tipicidad no es sólo ‘indicio’ ni mera ‘*ratio cognoscendi*’ de la antijuridicidad penal, sino presupuesto de la existencia (*ratio essendi*) de la misma. La tipicidad es *ratio essendi* necesaria pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Del mismo modo que no todo hecho antijurídico es penalmente típico, no todo hecho penalmente típico es antijurídico. El tipo reúne los elementos específicos que fundamentan positivamente la antijuridicidad penal de un hecho. Al hacerlo describe el comportamiento penalmente relevante (...). Esta relevancia no procede de que el hecho típico sea [automáticamente] ‘antinormativo’ e infrinja la prohibición de la norma (como quiere Welzel), sino de que supone una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso para el Derecho penal”.

Lo que se destaca, entonces, dentro del juicio de tipicidad penal en sentido material o, en otras palabras, lo que le da un “significado valorativo propio” (una dimensión lógico-valorativa), no es evidentemente la subsunción formal del hecho al tipo legal (la realización literal o gramatical de la conducta) sino su contradicción con la norma (antinormatividad material) en la medida en que produce una “*lesión o puesta en peligro de un bien jurídico valioso para el Derecho penal*”, es decir, porque entra en conflicto con los intereses tutelados por ella.

Que una conducta verifique un tipo penal en sentido material “significa que realiza la clase de desvalor que la ley penal asigna al tipo correspondiente,

⁶² Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 131-132.

es decir, que lesiona o pone en peligro el bien jurídico protegido por la norma de que se trate. Pero, esta lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido en la norma concreta, no implica que la conducta deba ser considerada definitivamente como antijurídica. La antijuridicidad es la contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico en su conjunto. Y, en determinados casos, el ordenamiento jurídico puede contemplar como adecuadas y conformes a Derecho ciertas lesiones de bienes o intereses jurídicamente protegidos. La lesión o puesta en peligro de un bien jurídico deja, en tales casos, de ser contraria al Derecho”.⁶³

Si debido al principio de ofensividad es cierto que la intervención penal no se legitima sino cuando se produce una *lesión o efectivo peligro de lesión al bien jurídico*, no menos cierto es que ese resultado (jurídico) es sólo condición necesaria –*sine qua non*– del injusto penal (*nullum crimen sine iniuria*), pero no suficiente. Para más allá de constatarse una significativa ofensa al bien jurídico aún se hace imprescindible la verificación de su contrariedad a todo el Derecho globalmente considerado (resultado significativamente desvalioso).

Es que no son todas las lesiones o puestas en peligro que resultan contrarias al Derecho. Para la integración de la *tipicidad penal* se hace necesario así no sólo la producción de un resultado jurídico (ofensivo), sino también que él sea significativamente desvalioso (normativa y socialmente). Tipicidad penal en sentido material y valorativo, por tanto, significa: (a) subsunción formal de la conducta al tipo legal; (b) producción de un resultado *significativo* para el bien jurídico, es decir, socialmente inadecuado e

⁶³ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 277.

intolerable; (c) que ese resultado (lesión o peligro) sea desvalioso, es decir, contrario al Derecho (= que se produzca un desvalor de resultado).

Por ello, cuando el Derecho (en su globalidad considerado) *determina u ordena* la ofensa (casos de cumplimiento de un deber legal) o la *permite* (ejercicio de un derecho) o la *fomenta o favorece* (casos de algunos deportes normativamente reglamentados o de las intervenciones médicas llevadas a cabo conforme a las reglas del arte médico, en beneficio de la salud de un sujeto) no se puede aun hablar en *tipicidad penal (material)*.⁶⁴

A la misma conclusión se llega cuando el resultado producido es *socialmente adecuado* (principio de adecuación social) o *tolerado* (criterio de insignificancia, algunos casos de consentimiento del ofendido etc.).

En todas esas situaciones, aunque formalmente se verifique el tipo legal, resulta negativo el juicio de tipicidad *penal* en sentido *material*, es decir, no

⁶⁴ Prácticamente en el mismo sentido ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 231: “En síntesis, pese a adecuarse a la descripción de un tipo legal, no pueden considerarse típicas: 1.º) Las conductas que son ordenadas por otras normas; 2.º) Las conductas que son favorecidas por otras normas; 3.º) Las conductas que quedan fuera del poder represivo del Estado; y 4.º) Las afectaciones insignificantes”. La fundamentación de la teoría de la tipicidad en sentido material, que ZAFFARONI (*Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 235) denomina “conglobante”, es la siguiente: “Lo expuesto hasta aquí nos está indicando que hay un paso analítico que es menester cumplir, una vez agotado el análisis de la tipicidad legal de la conducta, y que consiste en la comprobación de que esa conducta legalmente típica también es antinormativa a la luz de la consideración de la norma ‘conglobada’ con las otras normas que integran el orden normativo. El análisis de la tipicidad penal no se agotará, pues, con el de la tipicidad legal, sino que habrá menester de la consideración de una segunda forma de tipicidad penal, que será la *tipicidad ‘conglobante’*, establecida a la luz del tipo legal, ‘conglobado’ ahora en la legislación a la que pertenece y, por ende, también ‘conglobada’ la norma que se le antepone dentro del resto del orden normativo. Por consiguiente, comprobada la tipicidad legal (con sus aspectos objetivo y subjetivo), nos restará averiguar si está afectado el bien jurídico tutelado, lo que haremos a la luz de la consideración de la norma ‘conglobada’ con todo el orden normativo al que pertenece, preguntándonos entonces, si está o no limitada por otras normas prohibitivas, que por ordenar o favorecer la conducta, eliminan la afectación al bien jurídico tutelado y la correspondiente tipicidad penal de la conducta”. Nuestras divergencias, en líneas generales, residen en lo siguiente: los pasos analíticos para llegar a la tipicidad material no son dos, sino tres (subsunción formal, constatación de un resultado ofensivo y que sea desvalioso normativa y socialmente); comprobada la existencia de una norma que determina o permite o fomenta el resultado lesivo, no se elimina la afectación al bien jurídico, sino que no resulta desvaliosa (sería entonces una lesión o un peligro conforme al Derecho). Además: por fuerza del principio de fragmentariedad, exclusivamente el resultado lesivo inadecuado e intolerable es que resulta punible.

se puede considerar *materialmente desvalorado* el hecho, aunque *formalmente típico*, porque concretamente no se ha producido un resultado contrario al Derecho (desvalioso). Y sin el desvalor del resultado no se llega a una conclusión *positiva* de tipicidad (o si se quiere, de una provisional antijuridicidad, siempre que se admita que aquella nada más es que el aspecto positivo de la última).

Por otro lado, aunque constatado que el hecho es típico formal y materialmente (= resultado desvalorado), no se puede afirmar que la conducta es ya definitivamente antijurídica. La tipicidad penal es una mera visión esquemática o un juicio provisional de la antijuridicidad. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico también deja de ser contraria al Derecho cuando resulta, dentro de una concreta situación de intereses en conflicto, *justificada* (por ejemplo: legítima defensa). Las causas de justificación (en la medida en que representan el aspecto negativo de la antijuridicidad) impiden considerar *globalmente desvalorado* el hecho típico realizado bajo su amparo.

El juicio de antijuridicidad penal, en síntesis, y en el caso de que sean admitidas las premisas hasta aquí sentadas, comprendería: (a) en su aspecto *positivo* la comprobación de la tipicidad penal material (subsunción formal de la conducta, producción de un resultado socialmente significativo – inadecuado e intolerable– y desvalioso); (b) en su aspecto *negativo* la ausencia de una causa de justificación.

Ahora bien, antijuridicidad no es lo mismo que injusto: “la antijuridicidad es una mera relación (una contradicción ente dos miembros de una relación); lo injusto, por el contrario, es algo sustancial: la conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es un predicado, lo injusto un

sustantivo. Lo injusto es la forma de conducta antijurídica misma. La antijuridicidad es una cualidad de estas formas de conducta y precisamente la contradicción en que se encuentran con el ordenamiento jurídico. Existe, pues, un injusto penal específico, del mismo modo que hay un injusto civil o administrativo específico, pero existe sólo una antijuridicidad unitaria. Todas las materias de prohibición, reguladas en los diversos sectores del Derecho, son antijurídicas para todo el ordenamiento jurídico”.⁶⁵

Después de los someros planteamientos vinculados a la teoría general del delito que acaban de ser expuestos y una vez reconocida y enfatizada la función dogmática y aplicativa del principio de ofensividad, que debe llevar el intérprete y el aplicador de la ley a constatar siempre una lesión o peligro concreto de lesión a un bien jurídico, ahora estamos en condiciones de abordar los supuestos de subsunción formal de la conducta a la descripción legal, sin ofensa al bien jurídico.

3. Los supuestos de subsunción “formal” de la conducta (a la descripción legal) sin ofensa al bien jurídico protegido

Si se considera, como aquí estamos considerando (al menos como hipótesis de trabajo), que el único concepto de delito válido para la Ciencia del Derecho penal dentro del marco del Estado de derecho de los derechos fundamentales es el que lo describe como una *ofensa típica a un bien jurídico*, ello nos permite extraer una serie de consecuencias no sólo

⁶⁵ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 78. Véase también RODRÍGUEZ MOURULLO, *Derecho penal-PG*, p. 321.

político-criminales, como hemos visto en los Capítulos anteriores, sino sobre todo dogmáticas. Interesa, entonces, en éste apartado, y después de haber verificado que el referido concepto de delito también se desprende de los diversos sistemas jurídico-penales analizados, plantear la cuestión de las *incoherencias* o *antinomias* que se pueden constatar con cierta frecuencia entre el modelo de delito que estamos estudiando y unas concretas situaciones. No son raras las hipótesis en que resulta una patente *antinomia* entre la literalidad de la ley y el concepto de delito entendido como una ofensa a un bien jurídico.

Si por un lado puede suceder que una conducta sea materialmente lesiva – es decir, ofensiva a un bien jurídico– pero que no esté contemplada (formalmente) en la ley penal (ello pasa, por ejemplo, con algunas nuevas formas de criminalidad que todavía no están contempladas en la legislación penal), por otro, también es posible que un comportamiento que se adapte formalmente a la descripción de la ley no sea materialmente ofensivo al bien jurídico protegido o incluso a ningún bien jurídico (v.g., cuando el tipo está construido con base únicamente en la acción, que se presume peligrosa).

Aquí estamos frente a campos de tensiones que se producen con cierta frecuencia entre los conceptos *formal* y *material* de delito, justamente cuando se colocan en posiciones antagónicas. La primera vertiente puede alcanzar solución con una decisión (neo) criminalizadora. La segunda, más allá de la despenalización que surge como una solución posible, pero nunca la única, sigue siendo objeto de interminables discusiones, porque no son pocas las variables o alternativas de solución (despenalización, transformación del injusto penal en ilícito civil o administrativo, adopción de mecanismos procesales, despenalización *in concreto* etc.).

El problema no ofrecería mayores indagaciones en algunos sistemas penales socialistas. Conforme Zipf,⁶⁶ el artículo 3.º del Código Penal de la República Democrática Alemana, por ejemplo, declaraba no existir hecho punible “cuando la acción corresponde ciertamente al texto literal de un tipo legal, y sin embargo las repercusiones del hecho sobre los derechos e intereses de los ciudadanos o de la Sociedad y la culpabilidad del autor son irrelevantes”. Aquí se trata, dice el autor, “exactamente de la situación de divergencia entre el concepto formal y el concepto material de delito, y queda resuelta en el sentido de preferencia del concepto material de delito”. Diferente es la situación en sistemas penales que no cuentan con un tal dispositivo *ad hoc*.

Una vez concebido el delito como ofensa típica al bien jurídico, para justificar la responsabilidad penal, como advierten Marinucci/Dolcini,⁶⁷ “ya no sería suficiente la práctica de un hecho concreto conforme al modelo descrito en la norma incriminadora, sino sobre todo necesaria la efectiva ofensa al bien jurídico tutelado”. En Italia, y bien antes de las formulaciones constitucionales actuales, nace en la posguerra una tentativa de recuperar una tradición de finales del siglo XIX y principios del XX en el sentido de que el umbral de la punibilidad es la idoneidad del hecho para lesionar el bien protegido.

La llamada “*concepción realista del delito*” pretendía solucionar la cuestión del hecho que está en conformidad “formal” con el tipo, pero que no llega a ofender el bien jurídico. Aunque la referida construcción

⁶⁶ ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 101.

⁶⁷ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 302.

doctrinal buscaba hacer prevalecer una tesis correcta (no hay delito cuando la conducta formalmente atiende la descripción legal pero sin lesionar o poner en peligro al bien jurídico), fue duramente criticada porque ha utilizado para ello un instrumento reconocidamente inadecuado, cual sea, una noción de bien jurídico tan amplia cuanto incapaz de imponer cualquier límite al ejercicio del *ius puniendi*.⁶⁸

De todos modos, parece oportuno reproducir su fundamento central que era: la idoneidad de la conducta es un requisito general del hecho punible, que opera sobre el plano del contenido ofensivo o antijurídico del hecho. La idoneidad, conforme Neppi Madona,⁶⁹ “no es un requisito más de la acción penalmente relevante, sino un juicio global formulado respecto a la ofensividad de un hecho, del mismo contenido antijurídico de la figura delictiva. La idoneidad no puede, por lo tanto, ser colocada en el mismo plano que los demás elementos de la figura que concurren a determinar la tipicidad del hecho, por cuanto integra en si el significado antijurídico que un hecho debe presentar para ser considerado penalmente relevante”.

Con base, así, en el artículo 49.2 del CPI, se pretende que la mera subsunción del hecho en la descripción típica no sea suficiente para fundamentar la incriminación. Para la existencia de un delito no basta la mera desobediencia de los “enunciados verbales”, sino una violación efectiva del bien protegido. No basta el desvalor de la acción, siendo

⁶⁸ Sobre la concepción realista (“realística”) del delito y las críticas respectivas, cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, p. 302-303.

⁶⁹ Cfr. NEPPI MODONA, I concetti di idoneità degli atti e idoneità dell’azione: struttura e acceramento, citado por GARCÍA RIVAS, *La rebelión militar en Derecho penal*, p. 157.

también indispensable el desvalor del resultado. El juicio de idoneidad, de otra parte, es *ex post*.

El hecho de que la “concepción realista del delito” admite que la ofensa esté “fuera del tipo legal” fue criticado por Stella⁷⁰ que, después de señalar la naturaleza ideológica de la teoría del bien jurídico así como reseñar la disputa doctrinal en torno de él, subraya la imposibilidad lógica de que pueda haber un hecho en conformidad con el modelo legal que no signifique consecuentemente una ofensa al interés tutelado.

Su conclusión tiene como premisa que el bien jurídico “es obra exclusiva del legislador”. Todo sería diferente, entonces, si se renunciara a configurar la ofensa como un requisito autónomo del delito, incluso porque es una tesis que no puede ser aceptada, teniendo en cuenta que el interés protegido es (o debería ser) producto de la actividad del legislador ordinario, por tanto, integra el tipo penal. Pero ello no elimina la necesidad de una “(re) fundación del concepto de bien jurídico”, que recupere su originaria función de límite al legislador. Eso es sumamente relevante porque los ordenamientos jurídico-penales presentan hoy una serie creciente de delitos que tienen como presupuesto de la pena exclusivamente la peligrosidad del reo, dándose por suficiente un mero síntoma de ese *status* subjetivo; o una lejana fase preparatoria de una hipotética futura amenaza; o una formal *desobediencia* a abstractos preceptos preventivos; o una amenaza a bienes jurídicos indeterminados.

⁷⁰ STELLA. La teoría del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo, *RIDPP*, 1993, p. 3 y ss.

La verdad es que, más allá de la teoría realista del delito, dogmáticamente son múltiples las posibilidades de no concebir como punible un hecho formal y gramaticalmente típico, pero sin que resulte afección real al bien jurídico protegido.⁷¹

Bustos Ramírez, como vimos, lleva el tema al ámbito de la *antijuridicidad material*.⁷² Para quién admite el llamado tipo “conglobante”,⁷³ también se llega a la atipicidad de las conductas literalmente típicas pero materialmente inofensivas: “la afectación del bien jurídico es un requisito de la tipicidad penal, pero no pertenece a la tipicidad legal, sino que la limita. Si la norma tiene su razón de ser en la tutela de un bien jurídico, no puede alcanzar en su ámbito de prohibición las conductas que no afectan al bien jurídico. Esto sólo lo podemos establecer en la tipicidad “conglobante”, aunque justo es reconocerlo, se trata de casos excepcionales”.

Otro sector de la doctrina entiende que su verdadera *sedes materiae* sería la *tipicidad entendida en sentido material*. La concepción *material* del tipo de injusto lleva a la no punibilidad (a la atipicidad) de las conductas no ofensivas.⁷⁴ El tipo de injusto cuenta con una dimensión lógico-valorativa

⁷¹ Aun cuando la conducta sea adecuada a la descripción típica de comportamiento, ello marca apenas la primera constatación en el juicio imputativo, que debe completarse con un elemento adicional, conformado después por la afectación concreta de ese bien jurídico, antepuesto y protegido por la ley (cfr. Gonzalo FERNÁNDEZ, *Garantías y bien jurídico, Teorías actuales en el Derecho penal*, AA.VV, p. 425).

⁷² Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho penal español*, p. 186-188.

⁷³ Así ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal-PG*, cit., p. 473.

⁷⁴ Así, por ejemplo, TOLEDO (Francisco de Assis – *Princípios básicos de Direito penal*, cit., p. 131) quien, con apoyo en GALLAS, sostiene que “la conducta para ser delito precisa ser típica. necesita ajustarse formalmente a un tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Pero no se puede hablar

bien como con una dimensión fáctica. La primera, como afirman Cobo del Rosal/Vives Antón,⁷⁵ “queda excluida en las conductas carentes de lesividad, o mejor dicho, en aquellas a las que falta la lesividad típica, exigida por la figura legal. Existen conductas en las que se realizan todas y cada una de las características externas exigidas por la descripción legal que, sin embargo, no pueden considerarse como realizaciones del tipo, desde el momento que ni lesionan ni ponen en peligro el bien jurídico, careciendo, por ello, del contenido de injusto que pudiera hacerlas penalmente relevantes. Al no infringir la norma, como norma objetiva de valoración, por no entrar en conflicto con los intereses tutelados por ella, son ajenas al Derecho penal, revelando, en algún caso, una especie de ‘mala voluntad’, cuya apreciación corresponde a la Moral, no al Derecho. Es, v.g., el caso de la llamada ‘tentativa irreal’ o de las falsedades inocuas”.

Toma de postura: siempre que ocurre la subsunción formal de la conducta a la descripción legal pero sin una concreta ofensa al bien jurídico tutelado resulta excluida la *tipicidad* comprendida en sentido *material*, es decir, una conducta para ser (materialmente) típica debe no sólo adecuarse a la literalidad del tipo legal sino sobre todo ofender de forma significativa y desvaliosa al bien jurídico protegido. Ante la ausencia de la lesión o puesta en peligro del bien no se puede hablar en hecho típico ⁷⁶ (o al menos en “hecho típico ofensivo”).

todavía en tipicidad, sin que la conducta sea, a un sólo tiempo, materialmente lesiva a bienes jurídicos...”.

⁷⁵ Cfr. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, *Derecho penal-PG*, p. 413.

⁷⁶ La exigencia derivada del principio de ofensividad es la de evitar que las normas incriminadoras, en razón de su abstracción y generalidad, sean aplicadas a conductas que sólo aparentemente son típicas pero que no significan una ofensa penalmente relevante al bien jurídico. Serían ejemplos de lo que acaba de ser expuesto las conductas inocuas o sin potencialidad nociva, las socialmente adecuadas,

4. La no punibilidad del hecho ofensivo socialmente adecuado: Teoría de la adecuación social

4.1 Origen, delimitación conceptual y límites

La concepción de la *teoría de la adecuación social* se debe a Welzel ⁷⁷ y cuenta hoy, pese a las críticas, con amplia aceptación.⁷⁸ A lo largo de las reiteradas ediciones de su famoso *Derecho penal alemán* (*“Das deutsche Strafrecht”*), la mencionada teoría experimentó algunas variaciones sistemáticas hasta ganar sus contornos finales a partir de la 9.^a edición.⁷⁹

De la 11.^a edición⁸⁰ podemos extraer lo siguiente: “En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes

las de aparente conformidad con el tipo penal y las insignificantes: así FIORE, Principio de tipicità e concezione realistica del reato, *Problemi generali di diritto penale*, p. 58.

⁷⁷ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 83.

⁷⁸ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 530-532; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal-PG*, v. I, p. 567; ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 191 y ss.; BETTIOL, *Diritto penale-PG*, p. 323 y ss.; FIORE, *Diritto penale-PG*, p. 291. Lo que la adecuación social puede ser es un criterio que permita, en algunos casos, una interpretación restrictiva de los tipos penales que, redactados con excesiva amplitud, extienden en demasía el ámbito de prohibición. Véase en ese sentido MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, *Derecho penal-PG*, p. 286; NÁQUIRA RIVEROS, *Derecho penal. Teoría del delito-I*, p. 92. Contra la posibilidad de aplicación del principio de adecuación social en Derecho penal: SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal-PG*, t. II, p. 304-305; ROMEO CASABONA, *El médico y el Derecho penal – I*, p. 123-129. En cuanto a las críticas de la teoría de la adecuación social véase ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 497 y ss. Para JESCHECK (*Tratado de Derecho penal-PG*, v. I, p. 343) es un criterio inútil para la restricción de los tipos cuando ya las reglas usuales de interpretación conducen a su correcta delimitación.

⁷⁹ Cfr. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 57 y ss.

⁸⁰ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 83-86.

históricos de la vida social... Las conductas socialmente adecuadas no son necesariamente ejemplares, sino conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social... La adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos. Por esto quedan también excluidas de los tipos penales las acciones socialmente adecuadas, aun en todos aquellos casos que pudieran ser subsumidas en ellos – por ejemplo, de acuerdo a criterios causales. La adecuación social es un principio general de interpretación, cuya significación no se limita de ningún modo sólo al Derecho penal, sino que abarca el ordenamiento jurídico general”.⁸¹

De todos modos, la doctrina, con relación a la teoría de la adecuación social, no es unánime. Para Jescheck⁸², por ejemplo, “la idea de la adecuación social resulta, sin embargo, un criterio inútil para la restricción de los tipos cuando ya las reglas usuales de interpretación conducen a su correcta delimitación”. El pensamiento doctrinal dominante, no obstante, incluso en Alemania,⁸³ se inclina por la aceptación de la teoría de la adecuación social.

Ahora bien, el problema (dogmático) consiste en saber si la adecuación social constituiría un *criterio autónomo de interpretación* que obliga a restringir el alcance de los tipos penales (una causa especial de exclusión

⁸¹ Sobre la necesidad de se distinguir la teoría de la adecuación social del criterio de insignificancia véase GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 27.

⁸² Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal-PG*, v. 1, p. 343.

⁸³ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 530.

del tipo penal) o si, como admite un sector de la doctrina,⁸⁴ podría ser sustituido por otros criterios más precisos (riesgo jurídicamente irrelevante o permitido –teoría de la imputación objetiva– o interpretación restrictiva orientada hacia el bien jurídico protegido).

Este trabajo, como veremos⁸⁵, se inclina por la *autonomía* del criterio interpretativo de la adecuación social con la consecuencia de restringir el alcance del tipo penal. De todos modos, no es tarea sencilla distinguir la adecuación social del riesgo permitido: “el argumento del coste-beneficio podría ser una buena y productiva línea divisoria entre adecuación social y riesgo permitido, sencillamente porque, en el ámbito de la adecuación social, a menudo no se trata de que la acción adecuada socialmente produzca más beneficios que costos, sino sólo de que, independientemente de las razones, la comunidad fomenta esas conductas”.⁸⁶

Ahora bien, no puede ser compartido el entendimiento de que los casos de adecuación social serían reconducibles al ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber. No siempre la conducta socialmente adecuada

⁸⁴ Cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 295 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal-PG*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, p. 245 y ss.

⁸⁵ Cfr. *infra* Cap. VI, n. 4.5.

⁸⁶ Cfr. RUSCONI, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*, p. 81, que recuerda (en la p. 79) la propuesta de distinción entre adecuación social y riesgo permitido que ha sido formulada por Maiwald: “...el riesgo permitido se agota en la referencia al carácter de ‘estar permitidas’ de determinadas acciones riesgosas, mientras que la adecuación social expresa las razones materiales para el ‘estar permitidas’ de tales acciones determinadas”.

se halla permitida por el Derecho.⁸⁷ No se puede confundir, además, la adecuación social con las causas de justificación.⁸⁸

En cuanto al argumento de que la adecuación social, como fórmula unida a la extranormatividad, es un expediente dotado de incerteza conviene, con Roldán Barbero⁸⁹, subrayar: “la supuesta incerteza no puede ser por sí sola una razón para desterrar del sistema del hecho punible una idea que, en último término, responde a una concepción antiformalista del Derecho”.

En lo concerniente a la naturaleza y los límites de aplicación de la teoría de la adecuación social cabe señalar:⁹⁰ “la adecuación social ha de constituirse en un inequívoco elemento hermenéutico. Y ello pasa por su integración (...) en el concepto de imputación; para paliar su posible inseguridad, la adecuación social ha de estar en condiciones de poderse articular en el sistema de principios constitucionales; el recurso a ella debe de estar expresamente fundamentado; el criterio social no debe quedar confundido con la conveniencia institucional; para compensar posibles efectos negativos que pudieran derivarse para la víctima, el juicio de exclusión de responsabilidad penal no debiera llevar ineluctablemente una declaración pareja de elisión de la responsabilidad civil. Ésta debiera mantenerse en ciertos casos de riesgo permitido y de insignificancia social”.

⁸⁷ Éste será el caso, por ejemplo, de la conducción de vehículos perfectamente ajustada al riesgo permitido en el tráfico por quien carece de permiso de conducción pero sabe conducir correctamente. Concurrirá aquí la responsabilidad inherente a la ilicitud concomitante, pero sería absurdo añadir la responsabilidad penal por el resultado causado (cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 531).

⁸⁸ Cfr. JAKOBS, *Derecho penal-PG*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, p. 246.

⁸⁹ Cfr. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 192.

⁹⁰ Cfr. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 193-194.

4.2 Teoría del hecho punible y “referenciabilidad” social

Antes de Welzel la dogmática jurídico-penal no concedía ningún espacio para la “realidad social” dentro de la teoría del hecho punible. Era una dogmática “positivista” (legalista), mucho más preocupada con la construcción de un hermético “sistema”, puro e inmaculado, que con la solución justa de cada caso concreto. Ni el naturalismo de Von Liszt/Beling, ni la filosofía de los valores, antes de Welzel, se ocuparon de la adecuación social de la conducta.

La teoría del hecho punible, antes de él, no contaba con la categoría de la “referenciabilidad social”: era impoluta, intangible, más sistematizadora que instrumentalizadora de una solución justa del caso. Con Welzel, entonces, por primera vez, se vincula el sistema del hecho punible con la realidad social y la hermenéutica.

La consecuencia principal de esa conexión fue la construcción de más un criterio delimitador del ámbito de normatividad del tipo penal: por razones sociales (tradición, cultura, costumbres de un pueblo en determinado período histórico), quedan fuera del ámbito de lo prohibido algunas conductas aparentemente típicas y hasta lesivas.

Ejemplo paradigmático de lo que acaba de ser expuesto es la perforación de orejas de las niñas: la gran mayoría de ellas, aún en tierna edad, son víctimas de una lesión corporal. Aparentemente la conducta de agujerear la oreja es típica. Pero, resulta evidente que en razón de su adecuación social está fuera del ámbito de lo prohibido por la norma. Hay un resultado en sentido naturalista, pero no un resultado desvalorado. Hay

una lesión a un bien jurídico, pero no una lesión desaprobada, es decir, una lesión valorada negativamente. Falta, en suma, el desvalor de resultado e incluso el desvalor de acción. Precisamente por ello no se completa el juicio de tipicidad. Ahora bien, la perforación de orejas es una conducta social y ampliamente tolerada. Es distinta, por ejemplo, de la castración musulmana, que en los países en que se observen las exigencias del Estado de Derecho, no cuenta con el apoyo general de la población, es decir, es una conducta practicada sólo por un aislado sector social y además es claramente ofensiva a la dignidad, que es el valor-síntesis del Estado Democrático de Derecho.

El espectro de incidencia de una norma prohibitiva, como se ve, es bien menor de lo que parece. Únicamente aquello que no entra en el marco de libertad (de la tradición, de las costumbres ampliamente aceptadas, de los comportamientos ético-sociales tolerados) es que efectivamente colma el ámbito de lo prohibido.

Otros ejemplos patentes de conductas, aunque lesivas (por eso mismo pueden no ser ejemplares) pero socialmente adecuadas (toleradas, aceptadas) son: las crueldades contra animales en las toradas o en los ya tradicionales “rodeos” brasileños. Nadie nunca pretendió procesar seriamente a los organizadores y participantes de un “rodeo” con base en la Ley Ambiental. El “curanderismo”, particularmente el “rural”, ampliamente aceptado, constituye otro ejemplo. Todas las conductas descriptas están fuera del ámbito de lo prohibido. Son sólo “aparentemente” típicas, porque la verdad es que los resultados lesivos que ellas producen no son socialmente inadecuados, es decir, no son desvaliosos. En ausencia del desvalor de resultado y de acción, no se puede concebir el tipo penal, en sentido material.

4.3 Un importante planteamiento metodológico

La norma, incluso la penal, no es obra de la naturaleza. Cuando es elaborada, tiene en su base (o debería tener) una determinada realidad social. Es debido a una específica realidad, esto es, a un conjunto de “hechos”, que surge la “norma”, después de debidamente “valorados”. Cuanto se valoran determinados hechos y se nota que su realización u omisión perturba seriamente la convivencia social, nace (o tiene sentido el nacimiento de) la “norma penal”.

La pregunta que se debe formular entonces es la siguiente: después de elaborada, ¿gana autonomía la norma y debe ser aplicada independientemente de la realidad social o siempre estará conectada a esta, de modo que, habiendo cualquier alteración empírica, consecuentemente se modifica también el sentido de aquella?

¿La interpretación de una norma debe ser siempre la histórica (la que prevalecía en el tiempo de su nacimiento) o, al contrario, debe ser actualizada conforme cada momento histórico?, ¿La norma puede ser interpretada aisladamente, sin ninguna vinculación con la realidad, sin ninguna “referenciabilidad social”?

Las respuestas a todas esas preguntas metodológicas nos son dadas por Miguel Reale,⁹¹ cuyo tridimensionalismo filosófico parte de la premisa de que “la interpretación del Derecho no puede ser vista tan solamente según criterios lógico-formales. (...) El problema de la experiencia jurídica es, en

⁹¹ Cfr. REALE (Miguel, *Filosofia do Direito*, p. 508 y ss., especialmente 532 y ss.).

el fondo, el problema de la actualización normativa de los valores en una condicionalidad de los hechos, lo que da origen a ‘modelos jurídicos’, que constituyen la base de la Ciencia del Derecho. Ahora bien, si hechos y valores se integran en el momento culminante de la normatividad, nosotros somos contra toda y cualquier doctrina que sacrifique uno de los tres elementos citados, dejando los otros dos en la penumbra (...) la norma es siempre momento de una realidad histórico-cultural, y no simple proposición afirmando o negando algo de algo. Toda realidad cultural es esencialmente proceso que no puede ser comprendido sino en la unidad solidaria de su desarrollo dialéctico. (...) Si el fenómeno jurídico presupone hecho, valor y norma, un mismo imperativo legal es susceptible de producir consecuencias diversas. (...) Si la regla jurídica no puede ser entendida sin conexión necesaria con las circunstancias de hecho y las exigencias axiológicas, es esa compleja condicionalidad que nos explica porque una misma norma de derecho, sin que tenga sufrido cualquier alteración, aunque de una coma, adquiere significados diversos con el tiempo, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia. Es que su auténtico sentido es dado por la valoración de los hechos, en las circunstancias en que se encuentra el intérprete. (...) Decimos así, que una regla o norma, en su sentido auténtico, es su interpretación en las circunstancias históricas y sociales en que se encuentra en el momento el intérprete. Esto no quiere decir que seamos partidarios del derecho libre”.

Por eso mismo es que el juez, dentro de la limitación de la literalidad del texto legal (principio de legalidad), como participante del proceso de producción del sentido de la norma, quiere decir, del continuo proceso de su interpretación, aún conforme el autor citado, “no puede dejar de analizar el contenido de las reglas según una tabla de valoración en vigor en su

tiempo. (...) La jurisprudencia, por su parte a pesar de poseer categorías lógicas universales y un lenguaje que une a los juristas de todo el mundo, no puede ni debe prescindir de las características y de las circunstancias de cada pueblo, pues el Derecho es experiencia social concreta, proceso vital que obedece a motivos peculiares de cada nación, y no fruto arbitrario de las construcciones legislativas (...). El derecho, en consecuencia, ‘no podrá dejar de ser comprendido sino como realidad histórico-cultural, de modo que no será exagerado proclamar marcando bien la posición de nuestra disciplina: puentes y edificios pueden construirlos ingenieros de todas las procedencias, pero el Derecho sólo lo podrá interpretar y realizar con autenticidad quien se integran en la peculiaridad de nuestras circunstancias’”. Por eso es que el traslado acrítico de institutos de un sistema penal a otro resulta muchas veces inadecuado político-criminalmente.

Carlos Maximiliano,⁹² que ha estudiado *ex profundis* la hermenéutica, citando un aforismo de Celso, señala: “Saber las leyes no es conocerles las palabras, sino su fuerza y el poder. (...) La doctrina que admite que su finalidad es alterable con el tiempo y se preocupa con preferencia, por el objetivo actual de las disposiciones, es aceptada hoy por casi todas las corrientes doctrinales (...) La hermenéutica no se puede hurtar a la influencia del medio en el sentido estricto y en la aceptación lata. (...) Desapareció en las tinieblas del pasado el método lógico, rígido, del Derecho que trataba todas las cuestiones como si fueran problemas de geometría. El juzgador moderno se preocupa por el bien y el mal resultantes de su *verdictum*. (...) Sobre todo tratándose de normas

⁹² Cfr. MAXIMILIANO (Carlos), *Hermenêutica e aplicação do Direito*, p. 122 y ss.

formuladas por generaciones anteriores, el juez, no obstante dominado por el instinto sincero de descubrirles el sentido exacto, crea a disgusto suyo, una exégesis nueva, un alcance más amplio conforme la época (...) ante la inflexibilidad de los textos el progreso jurídico se realiza gracias a la interpretación evolutiva, inspirada por el progreso de la sociedad”.

Fundamental es, entonces, el papel de la dogmática⁹³ en la interpretación de las normas jurídicas.

En el ámbito penal, particularmente, en virtud de su configuración como Magna Carta del delincuente (conforme la clásica imagen de Von Liszt), desde luego parece evidente que los factores sociales sólo pueden ser tomados en consideración para restringir el ámbito de lo prohibido, nunca para ampliarlo analógicamente. La interpretación sociológica del tipo penal, consecuentemente, sólo sería válida en el sentido restrictivo, jamás en el sentido analógico (porque la analogía *in malam partem* está prohibida en Derecho penal).

Con apoyo en esa premisa básica, en el Derecho penal, desde Welzel, se construyó entonces la “*teoría de la adecuación social*”, para excluir del ámbito de incidencia típica algunas conductas que son socialmente toleradas, practicadas, aceptadas por la sociedad, tales como –ya ejemplificamos– la perforación de orejas de niños, la crueldad a animales en situaciones muy específicas etc.

⁹³ Es la dogmática, según un clásico texto de GIMBERNAT ORDEIG (*¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 27), que ‘nos debe enseñar lo que es debido en base al Derecho’; “ella debe averiguar qué es lo que dice el Derecho. La dogmática jurídico-penal, pues, averigua el contenido del Derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación segura y calculable del Derecho penal, hace posible sustraerle a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación”.

Surge, en consecuencia de lo que acaba de ser expuesto, una fundamental distinción entre “subsunción formal” y “subsunción material o socio-cultural de la conducta”. Una conducta formal y aparentemente típica puede no serlo, cuando enfocada dentro de un determinado contexto histórico-cultural. Esa distinción sólo puede tener prosperidad dentro de un nuevo enfoque metodológico, tal como el proclamado por Roxin,⁹⁴ que criticaba (en el inicio de la década de los años 70) los sistemas dogmáticos hasta entonces vigentes (naturalismo, finalismo, filosofía de los valores etc.) exactamente porque solamente realizan parcialmente los requisitos fundamentales de un sistema fructífero, que son: claridad y coherencia conceptual, referencia a la realidad y orientación desde finalidades político-criminales, lo que quedó conocido como “racionalismo de fines” (“*Zweckrationalismus*”) o “funcionalismo” o aún “tendencia teleológico-racional”.⁹⁵

En cierto sentido, es la introducción de los criterios político-criminales en el sistema, rompiéndose la clásica separación propugnada por Von Liszt (que concebía el Derecho penal como la barrera infranqueable de la Política Criminal). Una verdadera “*gesamte Strafrechtswissenschaft*” (“ciencia total del Derecho penal”), que debe con todo ser entendida también en el sentido de una dogmática racionalmente construida.⁹⁶

⁹⁴ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 39 y ss.

⁹⁵ Así, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, p. 32.

⁹⁶ Cuanto menos desarrollada esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución: así GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 27, que añade: “Si no se conocen los límites de un tipo penal, si no se ha establecido dogmáticamente su alcance, la punición o la impunidad de una conducta no será la actividad ordenada y meticulosa que debería ser, sino una cuestión de lotería. Y cuanto menor sea el desarrollo dogmático, más lotería, hasta llegar a la más

4.4 Bases normativas de la teoría de la adecuación social

La interpretación, dada por el juez con apoyo en una dogmática con fundamentación racional⁹⁷ debe ser adecuada a cada momento histórico-cultural. No siempre fue así y algunos permanecen anclados al clásico esquema de Savigny, que concebía la interpretación gramatical, lógica, histórica y sistemática (sin conceder espacio para la realidad social). En la actualidad, sin embargo, ya no se niega la importancia de la realidad social en la interpretación de las normas, en la línea de lo que siempre ha postulado la Escuela histórico-evolutiva (es el criterio dinámico de la interpretación de la norma).

Y ¿cuál sería la base normativa para admitir que factores “sociales” (extranormativos) también deban ser llevados en consideración en el momento de interpretar la ley?

En primero lugar, cabe destacar el art. 3.1 del Código Civil español,⁹⁸ que pronuncia en el sentido de atender al “espíritu y finalidad de las normas”.

caótica y anárquica aplicación de un Derecho penal del que –por no haber sido objeto de un estudio sistemático y científico– se desconoce su alcance y su límite”.

⁹⁷ Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*, p. 28, que afirma: “La dogmática se opone a la situación de inseguridad. Trata de percibir, en primer lugar, qué problemas presenta la aplicación de una disposición jurídica. Una vez conocido el problema, el siguiente paso es el de establecer teorías para su solución... El establecimiento de teorías permite que alguna de ellas pueda llegar a convertirse en dominante – sobre la base de la fuerza racional de convicción de su fundamentación”.

⁹⁸ El precepto citado corresponde al art. 5.º de la Ley Brasileña de Introducción al Código Civil, que dice: “En la aplicación de la ley, el juez atenderá a los fines sociales a que ella se dirige y a las exigencias del bien común”.

El juez, como resaltaba Ruiz Vadillo,⁹⁹ “con toda evidencia vive también en sociedad. Es un ciudadano más y cuando las leyes conceden un margen de discrecionalidad a la hora de su aplicación o la realidad social se incorpora de forma general ha de tener en cuenta sus vivencias. Así el art. 3.1 del CC. La jurisprudencia de todas las Salas del Tribunal Supremo ha incorporado de manera muy efectiva el elemento sociológico a la interpretación de las normas legales. En ese sentido, la sentencia de la Sala 1.^a de 21 de noviembre de 1934 refiriéndose al elemento sociológico integrado por aquella serie de factores ideológicos, morales y económicos que revelan y plasman el espíritu de la comunidad en cada momento. La de 17 de mayo de 1982, también de la Sala 1.^a que habla de la reacción frente al individualismo, de un criterio de destacada socialización. También sentencias de 15 de marzo de 1983, 9 de junio del 1983 o marco del 1985, 22 de abril del 1986 de lo Penal, 16 de julio del 1986 de lo Civil y 4 de diciembre del 1987”. No cabe duda que esta es una fórmula hermenéutica aplicable a los tipos penales.¹⁰⁰

En segundo lugar, cabe acentuar la concordancia filosófica de esa disposición con las modernas Constituciones, que desde el preámbulo reconocen una acusada preocupación con el desarrollo de una sociedad solidaria, pluralista y sin discriminaciones, fundada en la armonía social. Impone destacar, además, que en los primeros artículos de las Cartas Magnas aparecen la dignidad humana como “valor-síntesis” y la justicia como “valor-meta” de todo el ordenamiento jurídico (art. 10.1, CE; arts.

⁹⁹ Cfr. RUIZ VADILLO, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, 1999, n. 13, p. 249.

¹⁰⁰ Cfr. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 134 y ss.

1.º, III e 3.º, I, CB). Sea cual sea la norma legal, su interpretación está vinculada a esos valores y principios básicos.¹⁰¹

También en el ámbito penal, en suma, la adecuación social (de una conducta) representa un criterio correctivo del tipo penal, que ciertamente no tiene la finalidad de criminalizar conductas socialmente adecuadas o ampliamente toleradas y practicadas por amplios sectores de la población,¹⁰² tal como es el caso, v.g., del juego –por dinero– (que continúa sancionado penalmente en Brasil).

4.5 La adecuación social y la negación del desvalor de acción y de resultado

En el sistema clásico causal-naturalista (Von Liszt/Beling), la acción era concebida como un acontecimiento natural, es decir, mero movimiento corporal, sometido a las leyes de la naturaleza. La antijuridicidad era objetiva y el delito se dividía en dos partes: objetiva (tipicidad y antijuridicidad) y subjetiva (culpabilidad). El injusto era fundado en el resultado (natural) y la antijuridicidad era puramente formal. Welzel, como

¹⁰¹ Cfr. PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, p. 122 y ss.

¹⁰² Como afirma MIR PUIG (*Derecho penal-PG*, p. 531): “Por supuesto que la fundamentación de su operatividad en Derecho penal ha de ser jurídica, pero es plenamente jurídica la fundamentación siguiente: el intérprete debe partir de que la voluntad de la ley deja tácitamente fuera del tipo legal las conductas perfectamente adecuadas a la vida social. Este es un punto de partida que debe adoptarse para un Derecho penal democrático, que evite en lo posible la contradicción entre las valoraciones jurídicas y las de la sociedad”.

se sabe, desconsideró el naturalismo, no obstante su doctrina sea una continuación de la teoría de la acción.

Acción, sin embargo, ahora concebida de modo ontológico, como actuar siempre dirigido a un fin. Porque “la causalidad es ciega, mientras la finalidad es vidente”. Antes ya la doctrina había captado la superficialidad de la división del delito (en parte objetiva y parte subjetiva). Pero con Welzel esa división resulta desmoronada, porque si la acción es finalista y si la finalidad coincide con el dolo, se concluye que la finalidad está en la acción, es decir, que el dolo está en el tipo (así como la culpa).¹⁰³

La tipicidad, a partir de Welzel, deja de ser objetiva y pasa a ser necesariamente o subjetiva (delitos dolosos) o normativa (delitos culposos). Y el delito no es fruto exclusivo del resultado, sino sobre todo (en la visión de Welzel) del desvalor de la acción, que, en su sistema, cuenta con primacía (en virtud de la concepción personal del injusto). El desvalor de acción, de todos modos, pasa a representar requisito obligatorio del delito.

Cuidándose de una conducta socialmente adecuada, lo que falta es exactamente ese desvalor de la acción, que repercute inmediatamente en el desvalor de resultado. Welzel, en suma, a pesar de continuar vinculado a la teoría de la acción, abrió un camino en el sistema para la adecuación social, que pasó a ser instrumento de alcance inestimable para plasmar el valor justicia en cada caso concreto.

En casos concretos, en que la conducta del autor aparece claramente como algo común, normal, conforme determinado lugar y período histórico-

¹⁰³ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 53 y ss.. En el derecho brasileño cfr. JESUS, Damásio E. de, *Direito Penal-PG*, v. 1, p. 233 y ss.

cultural, o al menos tolerada, acaba la “necesidad” de pena, que política y criminalmente sólo se justifica cuando está en juego la convivencia social, es decir, frente a ataques socialmente perturbadores y trascendentales para bienes jurídicos de gran importancia.

Alejada la “necesidad” de pena, sólo resta encontrar la base jurídica o el punto de apoyo sistemático que dé fundamento y torne posible ese resultado. En el caso de conductas socialmente adecuadas, la base dogmática consiste exactamente en la teoría de la adecuación social, que es el instrumento que permite reconocer el valor o la ausencia de desvalor de la acción y, de ese modo, el propio valor o la ausencia de desvalor del resultado o al menos su tolerancia social, con lo que queda excluido el tipo penal.¹⁰⁴

Quien respeta el margen de *riesgo permitido* “no ha de incurrir en responsabilidad penal aunque causa un resultado que, tratándose de otra clase de actividad peligrosa no adecuada socialmente, sería imputable a imprudencia. Pero a veces se permiten socialmente conductas que implican en sí mismas lesiones dolosas: es el caso del boxeo, que entraña malos tratos de obra.”¹⁰⁵

Una ulterior y más reciente fundamentación dogmática para la no-incidencia del Derecho penal en los casos de conductas socialmente adecuadas nos proporciona la moderna *teoría de la imputación objetiva*,

¹⁰⁴ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 532; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal-PG*, v. I, p. 567.

¹⁰⁵ Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 530.

que considera la adecuación social como hipótesis de *riesgo permitido* y por esa razón la conducta queda fuera del ámbito del tipo.¹⁰⁶

En aquellos supuestos en los que la permisión del riesgo tiene un fuerte componente ético-social y socio-cultural, “la referencia a la adecuación social, como subcaso del riesgo permitido, puede ser de alguna utilidad, porque las referencias éticas y culturales que tienen determinadas valoraciones acerca de lo ‘tolerable’ en relación con ciertas modalidades de comportamiento, no desaparecen por el mero hecho de negar su existencia... La medicina, por ejemplo, es un ámbito especialmente afectado por componentes éticos, filosóficos y culturales... El deporte, en todas sus vertientes... es otro sector, estrechamente vinculado con valoraciones, en este caso, socio-culturales que afectan, a su vez, al nivel de riesgo permitido”.¹⁰⁷

La adecuación social “se detrae, a veces, de postulaciones utilitarias del Poder o de grupos socio-económicos pujantes. Tal sucede con los riesgos sociales (a menudo desmesurados) que tienen que asumirse por razones de un pretendido desarrollo. Pese al evidente carácter antidemocrático que acostumbran a tener algunas de las actividades mercantiles generadoras de riesgos (instalación de

¹⁰⁶ Cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, p. 295 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal-PG*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, p. 245 y ss. Sobre la teoría de la imputación objetiva en Brasil, véase JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, “passim” y la amplia bibliografía citada; CALLEGARI, *A imputação objetiva no Direito penal*, en *RBCCrim* n. 30, abril-junio/2000, p. 65 e ss. Con relación a la distinción entre riesgo permitido y adecuación social véase RUSCONI, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*, p. 79 y ss.

¹⁰⁷ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 95-97. En sentido reticente frente a la teoría de la imputación objetiva cfr. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 103 y ss. (especialmente p. 122).

centrales nucleares, depósitos radioactivos), no parece que la imputación penal pueda configurarse al margen de ese riesgo ‘impuesto’”.¹⁰⁸

5. El hecho de ínfima ofensividad y la controvertida cuestión de su (no) punibilidad

5.1 La fundamentación de la no punibilidad del hecho de ínfima ofensividad: una “vexata quaestio”

Hoy por hoy se ha asentado firmemente en la reconstrucción (dogmática) de los ordenamientos jurídico-penales,¹⁰⁹ que es la base para el diseño de las reformas futuras, la idea de que “para que una conducta sea delictiva no solamente es indispensable que constituya un comportamiento externo (trascendente al mundo exterior) circunstancialmente descrito en una ley formal previa, sino que además debe dañar u ofender en cada caso, de manera indefectible, el bien específicamente protegido por la norma”.¹¹⁰

¹⁰⁸ Cfr. ROLDÁN BARBERO, *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*, p. 193.

¹⁰⁹ Uno de los más destacados responsables por esa reconstrucción dogmática del Derecho penal (de la teoría general del delito) desde planteamientos constitucionales ha sido indiscutiblemente BRICOLA (Teoría generale del reato, *Scritti di diritto penale*, v. 1, p. 637 y ss.).

¹¹⁰ Cfr. FRÍAS CABALERO, *Teoría del delito*, p. 53, apud GUZMÁN DALBORA, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, *RDPC*, n. 5, 1995, p. 535.

Si por fuerza del “principio del hecho” (o materialización de la acción) es imprescindible la exteriorización de la conducta para la configuración de un hecho punible, en razón del principio de ofensividad (o necesaria ofensividad) es ineludible la exteriorización de una *ofensa* al bien jurídico. Ahora bien, en virtud del *principio de fragmentariedad* únicamente la lesión o peligro de lesión *intolerable* al bien protegido es que legitima la intervención penal.

El Derecho penal debe incidir exclusivamente cuando la ofensa sea *socialmente significativa*, es decir, importante, relevante (*rectius: intolerable*). De ahí se concluye: cuando el hecho es reconocidamente insignificante o de nimia ofensividad (un hurto de muy pocas pesetas, p. ej.), parece más correcto, proporcionado, política y criminalmente mejor el no-enjuiciamiento del caso, lo que significaría en última instancia una forma de *despenalización*¹¹¹ de dicha conducta.¹¹²

La combinación de los citados principios limitadores del *ius poenale* ya sería suficiente para fundamentar la no-intervención del Derecho penal cuando es indiscutiblemente ínfima la ofensa. Pero esa es una cuestión extremadamente controvertida (una verdadera “*vexata quaestio*”). Mejor sería que el legislador estableciera criterios determinados, claros, haciendo posible una aplicación segura y calculada del Derecho penal, sustrayéndolo a la irracionalidad, a la arbitrariedad, a la improvisación y a la probable aplicación discrecional de la norma penal.

¹¹¹ Sería una especie de descriminalización de facto, según CERVINI, *Los procesos de descriminalización*, p. 63. Para PÉREZ RIERA, *El proceso despenalizador*, p. 45, correcto sería hablar de despenalización.

¹¹² La tendencia es de que el criterio de insignificancia sirva como tamiz general de la tipicidad con relación a cualquier bien, incluso cuando están en juego bienes jurídicos colectivos (cfr. GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 40).

Sin embargo, los ordenamientos jurídicos, en general, no presentan esa deseable seguridad jurídica. De todos modos, más allá de la tesis expuesta (conjugación de los principios limitadores del *ius poenale*), son diversas las vías que existen para fundamentar la no-punibilidad del hecho insignificante.

5.2 Otras razones para la no punibilidad del hecho de ínfima ofensividad

Para Roxin, la no-punibilidad del hecho insignificante resulta de “no ser socialmente dañoso en sentido material”. Hace apelación, como se ve, a la idea de antijuridicidad material, que “es útil para la interpretación del tipo sobre todo en los casos en que una conducta podría subsumir en el tenor literal de un precepto penal, pero materialmente, o sea, según el contenido de su significado social, no concuerda con el tipo de delito. Ejemplo de esto lo constituyen sobre todo los casos que usualmente se intenta excluir del tipo como ‘socialmente adecuados’”.¹¹³

No coincide integralmente con ese planteamiento Zaffaroni,¹¹⁴ que afirma “no ser posible desvincular del todo la tesis de la insignificancia de ciertos contenidos de realismo jurídico, pero ello es resultado de que en cualquier límite de prohibición hay un cierto grado de contenido real, sin que ello signifique caer –sin límite alguno– en el concepto ‘material’ de la antijuridicidad”.

¹¹³ Cfr. ROXIN, *Derecho penal-PG*, v. 1. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 560.

¹¹⁴ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 555.

En cuanto al fundamento de la no-punibilidad del hecho de íntima ofensividad el autor citado invoca “la función general del orden jurídico positivo y del Derecho penal en particular y a la regla no cuestionada de la proporcionalidad entre la cuantía del delito y de la pena o reacción penal”.¹¹⁵ En otras palabras: es la *prohibición de exceso*, en síntesis, una de las bases materiales de la no-intervención penal cuando el hecho es insignificante.

La ausencia de dañosidad social en sentido material¹¹⁶ o la función general del derecho o, sobre todo, el principio de proporcionalidad (o prohibición de exceso) constituirían, así, otras razones (fundamentos)¹¹⁷ de la no-punibilidad concreta de los hechos nimios, intrascendentes, que no cuentan con entidad suficiente como para motivar cualquier castigo “penal” o incluso para hacer incidir la ley “penal”.

Pero ello, desde luego, no significa que el referido hecho esté fuera de cualquier control jurídico. En la medida en que no se trata de una causa de justificación sino de exclusión de la tipicidad (penal), es importante subrayar la diferencia principal entre ellas: la exclusión de la tipicidad (penal) exime al autor de responsabilidad penal, pero no de otra responsabilidad jurídica: civil, administrativa, tributaria etc.¹¹⁸ Las causas de justificación sólo

¹¹⁵ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 556.

¹¹⁶ Conforme al principio de dañosidad social, “sólo puede considerarse merecedora de pena la conducta que lesiona o pone en peligro un bien jurídico, es decir, la que va más allá de la relación autor-víctima, afectándonos “a todos”. Este principio marca los límites entre Derecho penal y Moral, al exigir la exteriorización de la infracción jurídica y la manifestación social de sus consecuencias” (cfr. HASSEMER y MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y al Derecho penal*, p. 71).

¹¹⁷ Sobre los fundamentos del criterio de insignificancia cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 51 y ss.); VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, p. 55 y ss); ACKEL FILHO (Diomar, *O princípio da insignificância no Direito penal*, JTACrSP, v. 94, p. 73).

¹¹⁸ Cfr. LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, p. 27.

excepcionalmente permiten la responsabilidad civil (algunas hipótesis de estado de necesidad, p. ej.).

Más allá de la realización “formal” del tipo legal, es la afectación intolerable de bienes jurídicos individuales o supraindividuales lo que constituye el presupuesto mínimo de la intervención penal. Así, “si resulta indiscutible que todo ilícito penal debe tender a afectar un bien jurídico, no es menos cierto que cualquier intento de afectación no es suficiente para legitimar la injerencia del Estado en el ámbito penal, sino que, entre otras limitaciones, debe tratarse de un intento de afectación de cierta relevancia”.¹¹⁹

La no-punibilidad del hecho insignificante, como se ve, tiene implicaciones con la teoría del bien jurídico, con el principio de necesaria ofensividad, con el principio de dañosidad social (merecimiento de pena), con el juicio de tipicidad penal en sentido material, pero sobre todo refuta la vieja concepción *formal* de delito y de Derecho penal, que responde a una orientación positivista, legalista, anclada en la llamada interpretación literal. La exigencia de una aplicación no formalista de la norma incriminadora es expresión de un Derecho penal objetivo fundado en los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos (objetividad jurídica) y de necesaria lesividad (ofensividad), es decir, de un Derecho penal del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Es además una expresión de la moderna tendencia penal, propugnada enfáticamente por Roxin,¹²⁰ en el sentido de que las consideraciones político-

¹¹⁹ Cfr. CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, p. 51-52; VITALE, *Principio de insignificancia y error*, p. 36-37.

¹²⁰ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 27 y ss.

criminales juegan un papel sumamente importante en el ámbito de la dogmática y especialmente en la teoría del delito.¹²¹

Ni la dogmática ni el juez penal puede ser un mero instrumento ciego de aplicación de la ley, tal como pretendía Montesquieu.¹²² La tipicidad penal, a su vez, no puede entenderse como un mero juicio de subsunción “formal”, sino que más bien debe exigirse que el tipo penal “atrape conceptualmente sólo el ámbito de punibilidad que sea indispensable para la protección del bien jurídico”.¹²³ Donde basten los medios del Derecho civil o del Derecho público, ha de retraerse el Derecho penal.¹²⁴

La penalización de las infracciones mínimas (“bagatelas”), por otro lado, “generaría males mucho más graves que los que tiende a evitar”.¹²⁵ Porque “es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad”.¹²⁶

Además, “la estigmatización que el mismo proceso penal genera, la labor de los funcionarios y empleados del Poder Judicial abocados a la investigación y análisis de estos hechos, el tiempo y esfuerzo empleado por quienes deben colaborar de otro modo con la Justicia (como es el caso de los testigos o de los peritos) y el costo económico que la actividad judicial demanda, son tan sólo

¹²¹ Cfr. también VITALE, *Principio de insignificancia y error*, p. 34.

¹²² Cfr. MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, Livro décimo primeiro, Cap. VI: “Los jueces de la nación son únicamente la boca que pronuncia las palabras de la ley”.

¹²³ Así ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 52.

¹²⁴ Cfr. ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 21. Sobre la intervención mínima como fundamento del criterio de insignificancia, véase aún VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excluyente da tipicidade no Direito penal*, p. 55 y ss.).

¹²⁵ Cfr. VITALE, *Principio de insignificancia y error*, p. 42.

¹²⁶ Cfr. ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal, *Problemas básicos del Derecho penal*, p. 22. Prohibir una muchedumbre de acciones indiferentes no es evitar los delitos sino crear otros nuevos (...) ¿A qué nos viéramos reducidos si se hubiera de prohibir todo aquello que puede inducir a delito? (Cfr. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 105.)

algunos otros inconvenientes que demuestran la no-necesidad del control penal de las insignificancias y en particular de la puesta en funcionamiento del engranaje judicial.

La pena para las infracciones livianas, entonces, lejos de constituir una respuesta institucional necesaria, sería en verdad un medio irracional, desproporcionado con relación a los hechos a los que se aplica, que provocaría males inaceptablemente mayores que aquellos que con la pena procura evitarse”.¹²⁷

5.3 El criterio interpretativo de la insignificancia: concepto, origen, consecuencias y distinciones

En el Derecho comparado, como veremos en los apartados siguientes, la vía *dogmática* más frecuentemente invocada para alcanzar el *desideratum* de la no punibilidad del hecho ofensivo ínfimo la constituye el (impropiamente) llamado *principio de insignificancia o de bagatela*,¹²⁸ “que es el que permite no enjuiciar conductas socialmente irrelevantes, asegurando no sólo que la justicia se encuentre más desahogada, o bien menos atosigada, sino permitiendo también que hechos nimios no se erijan en una suerte de estigma para sus autores. Así mismo, abre la puerta a una

¹²⁷ Cfr. VITALE, *Principio de insignificancia y error*, p. 43.

¹²⁸ Principio de insignificancia es como le llamó ROXIN y principio de bagatela fue el nombre dado por TIEDEMANN (cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 554; GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 22). Sobre la denominación del principio cfr. AÚN VITALE, *Principio de insignificancia y error. Sobre la base de casos*, p. 32 y VIRGOLINI, El art. 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico, *Doctrina Penal* ns. 25 a 28, 1984, p. 333.

revalorización del derecho contravencional, y contribuye a que se impongan penas a hechos que merecen ser castigados por su alto contenido criminal, facilitando la reducción de los niveles de impunidad. Aplicando este principio [en realidad, criterio] a hechos nimios se fortalece la función de la administración de justicia, por cuanto deja de atender hechos mínimos para cumplir con su verdadero rol. No es un principio de derecho procesal, sino de derecho de fondo”.¹²⁹

En un Derecho penal que tiene como eje central una concreta e intolerable ofensa, como ha resaltado Roxin,¹³⁰ “hacen falta principios como el introducido por Welzel de la *adecuación social*, que no es una característica del tipo, pero sí un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles.

A eso pertenece además el llamado principio de la insignificancia (*Geringfügigkeitsprinzip*), que permite, en la mayoría de los tipos, excluir desde un principio daños de poca importancia: maltrato no es cualquier tipo de daño de la integridad corporal, sino solamente uno relevante; análogamente deshonesto en el sentido del Código Penal es sólo la acción sexual de una cierta importancia, injuriosa en una forma delictiva es sólo la lesión grave a la pretensión social de respeto (...). Si con estos planteamientos se organizara de nuevo consecuentemente la instrumentación de nuestra interpretación del tipo, se lograría, además de una mejor interpretación, una importante aportación para reducir la criminalidad en nuestro país”.

¹²⁹ Cfr. CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, p. 59.

¹³⁰ ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 52-53.

Si por un lado no se puede dudar que es muy controvertido el *origen* histórico de la teoría de la insignificancia,¹³¹ por otro, tampoco puede dejarse de subrayar que el pensamiento penal viene insistiendo en su recuperación por lo menos desde la centuria decimonónica. Son numerosos los autores que desde el siglo pasado la invocan y piden su restauración: así, Carrara, Von Liszt, Quintiliano Saldaña, Roxin, Baumann, Blasco y Fernández de Moreda, Soler, Zaffaroni...¹³² En los últimos treinta años, su restablecimiento se solicita con insistencia, principalmente por Roxin, en un artículo aparecido en 1964.¹³³ Reportándose a la coacción el citado autor escribió:

¹³¹ Cfr. GUZMÁN DALBORA, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, *RDPC*, n. 5, 1995, p. 514 y ss., que dice: “De esta suerte, que los humanistas construyeran el apotegma *minima non curat praetor*, que, conforme quedó explicado, tiene un sentido eminentemente liberal y refractario a cualquier imposición autoritaria, no parece –dentro, por supuesto, de las posibilidades de una conjetura– hipotéticamente infundado”. Si para algunos autores, como ACKEL FILHO (Diomar, O princípio da insignificância no Direito penal, *JTACrSP*, v. 94, p. 73), el criterio de insignificancia ya existía en el Derecho romano, donde el pretor no cuidaba, de manera general, de causas o delitos de bagatela, conforme al aforismo *minima non curat praetor*, para otros, como LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 38-39), el criterio de insignificancia surge en Europa, a partir de la primera guerra mundial. Al terminar esta, y en mayor medida en el final de la segunda guerra mundial, se produjo, en virtud de circunstancias socioeconómicas, un notable aumento de delitos de carácter patrimonial y económico, casi todos ellos marcados por la característica singular de consistir en subtracciones de pequeña relevancia: de ahí la primera nomenclatura doctrinal de “criminalidad de bagatela” – *Bagatelledelikte*. *Bagatelledelikte* no es una regla apéndice de las normas de cuño patrimonial, y sí un principio de Derecho penal y como tal sujeto a influenciar, dirigir y determinar el contenido de todas las normas penales prohibitivas. Véase en ese mismo sentido CELIDONIO (Celso, O princípio da insignificância, *Direito Militar*, n. 16, 1999, p. 7).

¹³² Citados por GUZMÁN DALBORA, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico, *RDPC*, n. 5, 1995, p. 513. En la actualidad ya son numerosas las monografías sobre el tema: cfr. especialmente VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*; LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*; VITALE, *Princípio de insignificancia y error* y CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*.

¹³³ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 53, nota 53, donde hace referencia a su artículo (*Verwerflichkeit und Sittenwidrigkeit als unrechtsbegründende Merkmale im Strafrecht*, publicado en *JuS*, 1964, p. 373 y ss. (p. 376-377).

*“El viejo principio “minima non curat praetor” vale en la coacción en especial medida. Las influencias coercitivas sin duración, y las consecuencias que no son dignas de mención, no son socialmente dañosas en sentido material. Quien, por ejemplo, para jugarle una mala pasada a otro le mantiene cerrada la puerta delante de las narices un instante, actúa en forma formalmente inadmisibile. Pero aquí el perjuicio no pesa seriamente, debiéndose negar una perturbación de la vida común ordenada, de modo que excluya una coacción punible. Eso juega un papel importante, especialmente en fugaces injerencias en el tráfico callejero. En el caso de la amenaza, este principio está ya contenido en la característica legalmente exigida de la ‘sensibilidad’ del mal”.*¹³⁴

También Tiedemann¹³⁵ se ha referido a la insignificancia, llamándola “principio de bagatela” (*Bagatellprinzip*), fundado en el principio de proporcionalidad que debe regir entre el delito y la gravedad de la intervención estatal por el delito. Este autor afirma que se trata de un principio que sólo es aplicable en los casos concretos y que existe la posibilidad de considerarlo como una cuestión de antijuridicidad material y, por ende, excluyente de la tipicidad, o bien, como un caso en el que, aunque haya delito, se “prescinde de pena”.

La *consecuencia* natural de la aplicación del criterio de insignificancia (como criterio de interpretación restrictiva de los tipos penales) consiste en la exclusión de la punibilidad de los hechos ofensivos de poca importancia o de ínfima lesividad. Su significado central, por tanto, es que “no pueden

¹³⁴ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 554.

¹³⁵ Cfr. TIEDEMANN, Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Gelder – OLG Köln, NJW 1968, 2348, JuS, 1970, p. 108-113, que ha examinado el caso de un policial que se apropió de 15 marcos alemanes que había recibido como pago de un tributo. Véase también: ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 554.

ser penalmente típicas acciones que, aunque en principio se encajen formalmente en una descripción típica y contengan algún desvalor jurídico, o sea, que no estén justificadas y no sean plenamente lícitas, sin embargo en el caso concreto su grado de injusto sea mínimo, insignificante: pues conforme a su carácter fragmentario las conductas penalmente típicas sólo deben estar constituidas por acciones gravemente antijurídicas, no por hechos cuya gravedad sea insignificante. El criterio de insignificancia significa, pues, una restricción de los tipos”.¹³⁶

Según la *concepción gradualista del delito* el ilícito penal es una estructura cuantificable.¹³⁷ Es justamente esa posibilidad de graduación del injusto (y especialmente de la ofensividad) la que permite distinguir el ataque penalmente relevante (merecedor y necesitado de sanción) del que no llega a asumir esa magnitud en razón de la *escasa ofensividad*, es decir, del “ataque mínimo”, nimio, que determina la atipicidad de la conducta, en virtud del *criterio de insignificancia*.¹³⁸

Si bien es verdad que el concepto de *criminalidad de bagatela* no ha recibido hasta ahora contornos precisos unitariamente reconocidos,¹³⁹ parece indiscutible la necesidad de delimitar el concepto de insignificancia dentro de la criminalidad de bagatela,¹⁴⁰ si bien que ella misma constituye

¹³⁶ Cfr. LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, p. 28. Véase también: LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho penal-PG*, p. 565.

¹³⁷ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, p. 695 y ss.

¹³⁸ Es precisamente la graduación cualitativa y cuantitativa del injusto que permite que el hecho penalmente insignificante sea excluido de la tipicidad penal, pero pueda recibir tratamiento adecuado en el ámbito del ilícito civil o administrativo (cfr. TOLEDO, *Princípios básicos de Direito penal*, p. 134).

¹³⁹ Cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 103.

¹⁴⁰ Quien ha llamado la atención para esa importante distinción fue LOPES, Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 35. En efecto cuando se trata de un hecho insignificante no se debe enjuiciar el caso. La solución, por absoluta falta de tipicidad, está en el

un problema complejo y no debidamente resuelto hasta hoy por la política criminal.¹⁴¹

La política criminal española, por ejemplo, respecto a la criminalidad de “bagatela” es ambigua: cuenta con momentos despenalizadores (últimas reformas penales) pero también con medidas exclusivamente procesales (aceleración procedimental, p. ej.).¹⁴² El legislador brasileño, por otro lado, ha dado prioridad en lo que concierne a las infracciones de menor potencial ofensivo al modelo consensual de Justicia Criminal.¹⁴³

Conceptualmente, no se puede negar que el hecho insignificante integra la noción de criminalidad de bagatela, que se caracteriza, conforme Armenta Deu,¹⁴⁴ por la escasa reprobabilidad, ofensa a un bien jurídico de menor relevancia, mayor incidencia en los delitos contra el patrimonio y tráfico. Pero, hay una grande diferencia entre el hecho de “escasísima” ofensividad (que según el criterio de insignificancia quedaría excluido del ámbito de incidencia del tipo legal) y la restante criminalidad de “bagatela”. Aquel sólo aparentemente integra el ámbito de incidencia del tipo penal.

5.4 La discutible admisibilidad del criterio interpretativo de la insignificancia penal

archivamiento (para el Derecho brasileño véase Art. 76 de la Ley 9.099/95 que sirve de apoyo a la solución propuesta).

¹⁴¹ Cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 102.

¹⁴² Cfr. sobre las reformas penales en España *supra* Cap. III, n. 6.

¹⁴³ Cfr. *supra* Cap. III, n. 7.

¹⁴⁴ Cfr. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 23-24. Véase aún: GOMES, Luiz Flávio, *Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela*, *RBCCrim*, n. 0, 1992, p. 88 y ss. (p. 91).

El criterio interpretativo de la insignificancia, no obstante cuente con amplia aceptación en la moderna doctrina,¹⁴⁵ incluso fuera del campo penal,¹⁴⁶ ha dado margen a muchas objeciones.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Cfr. GUZMÁN DALBORA, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito del injusto típico, *RDPC*, n. 5, 1995, p. 513, que cita como adeptos de la teoría de la insignificancia Carrara, Von Liszt, Quintiliano Saldaña, Roxin, Baumann, Soler y Zaffaroni. En España véase: MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 132-133, para quien “la falta de tipicidad penal puede desprenderse de la mera redacción literal de los tipos (...), pero también de una interpretación restrictiva que excluya la conducta del tipo pese a caber literalmente en ella. Ello sucede, según la doctrina actual, cuando se trata de hechos que, aun cabiendo en la literalidad típica, no implican una afectación suficiente del bien jurídico, por ser (...) insignificantes (principio de insignificancia)”; “... en sectores importantes del tráfico cabe mencionar supuestos de insignificancia. Así, en los transportes se producen empujones y otras molestias que no se aprueban, pero se toleran; en el tráfico rodado existen comportamientos incorrectos que no pueden considerarse suficientemente graves para dar lugar a coacciones penales; en el ámbito de la publicidad de productos se producen continuamente pequeños engaños” (ob. ul. cit., p. 532-533); LUZÓN PEÑA, Causas de atipicidad y causas de justificación, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, p. 28-29; ARROYO ZAPATERO, Derecho penal económico y constitución, *Revista Penal*, 1998, p. 6, que afirma: “El carácter fragmentario del Derecho penal... es un principio que se dirige al legislador, en el momento de formular la descripción típica y, seguidamente, al juez, quien invocándolo puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido”; en cuanto al delito de coacciones cfr. MIR PUIG, El delito de coacciones en el Código penal, *ADPCP*, 1977, p. 300-301. Un autor brasileño (SANGUINÉ, Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP*, año 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 40-41) apunta como seguidores de la teoría de la insignificancia: en el derecho comparado: BAUMANN, Jürgen, *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Reimpresión, Depalma, 1973, p. 6; ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, Ediar, 1981, p. 231 y ss.; MIR PUIG, ob. cit., loc. cit.; MAC IVER, Luis Cousino, *Derecho penal chileno*, vol. I, p. 427; SAINZ CANTERO, José A., *Lecciones de Derecho penal*, PG, II, p. 323; GUIMERA, ob. cit., loc. cit. En Brasil: TAVAREZ, Juarez, in WESSELS, J., *Direito penal-PG*, 1976, p. 63, nota 12; lo mismo, *Da ação penal*, p. 98-9 y 273 y ss.; RÖHNELT, Ladislau, *Aplicação da Lei n. 6.416, Ajuris*, 6, 1977; TUBENCHLAK, James, *Teoria do crime*, 2. ed., Forense, 1980, p. 44; MIRABETE, Júlio F., *Manual de Direito penal*, PG, 1989, p. 119 y ss.; ACKEL FILHO, Diomar, O princípio da insignificância no Direito penal, *JTACrSP*, vol. 94, 1988, p. 72 y ss.; TOLEDO, Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito penal*, 2. ed., Saraiva, 1986, p. 121 y ss.; MACHADO, Luiz A., *Direito Criminal-PG*, 1987, p. 123 y ss.; PIERANGELLI, José H., *O consentimento do ofendido na teoria do delito*, RT, 1989, p. 44.

¹⁴⁶ Cfr. SANGUINÉ (Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP*, ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 41), que afirma: “El principio es admitido en el derecho ambiental (TIEDMAN, Klaus, *Poder económico y delito*, Ariel, 1985, p. 144 y ss.), en el Derecho penal económico (COSTA, José Faria, *O Direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude*, *Direito penal econômico*, Coimbra, 1985, AA.VV, p. 55 y ss.), fiscal (PÉREZ, Carlos M., *El delito fiscal*, 1981, p. 21 e 213) y electoral (*RJTJRGs* 99/447 y ss.).

¹⁴⁷ Cfr. SANGUINÉ (Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP*, ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 44 y ss.).

Una de las más destacadas consiste en su “*indeterminación conceptual*” o incluso su *imprecisión terminológica*.¹⁴⁸ Es innegable que la utilización de un concepto indeterminado o vago puede implicar serios riesgos para la *seguridad jurídica*.¹⁴⁹

Los defensores del criterio de insignificancia,¹⁵⁰ sin embargo, argumentan que la doctrina y la jurisprudencia han conseguido elaborar, de acuerdo con los límites de interpretación permitidos, criterios razonables de limitación¹⁵¹ de conductas que deban ser consideradas insignificantes bajo la óptica de un Derecho penal fragmentario y subsidiario y proporcionado.

Teniendo en consideración la jerarquía e importancia del bien jurídico tutelado en cada norma penal,¹⁵² así como el grado de la ofensa, puede afirmarse que hay infracciones de mayor potencial ofensivo y a su lado otras que son de menor potencial ofensivo. Y entre las últimas, parece ser innegable la existencia de infracciones que podrían ser clasificadas de *insignificantes*.

¹⁴⁸ Cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 173).

¹⁴⁹ El criterio interpretativo de la insignificancia, formulado por Roxin, es incompatible con las exigencias de la seguridad jurídica. Así se ha expresado CEREZO MIR (*Curso de Derecho penal español-II*, p. 94), que señala: “Con arreglo a dicho principio quedarían excluidas del tipo las lesiones insignificantes de los bienes jurídicos. La delimitación de los casos de bagatela quedaría confiada a la doctrina y a la jurisprudencia, siendo el límite siempre discutible”.

¹⁵⁰ Cfr. p. ej. VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, p. 59 y ss.).

¹⁵¹ Sobre la existencia de criterios para determinar que es insignificante véase GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 36

¹⁵² Aunque discutible la cuestión de la jerarquía de los bienes jurídicos (cfr. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giurico*, p. 149 y ss.), la verdad es que algunos de ellos son más importantes que otros: la vida, la integridad corporal son ejemplos de bienes sumamente importantes.

Muchas veces el hecho practicado, si bien formalmente resulte típico, no llega a tener magnitud suficiente como para producir una ofensa “significativa” al bien jurídico protegido, es decir, no llega a concretizar la tipicidad penal en su sentido material. En ese caso, sería adecuada la aplicación del criterio interpretativo de la insignificancia que opera como un límite tácito.¹⁵³

Partiéndose de la función general del derecho y del principio de proporcionalidad, que son elementos claramente jurídicos, Zaffaroni¹⁵⁴ concluye: “... podemos llegar a admitir la tesis de la insignificancia, sin que ello afecte a la seguridad jurídica, sino todo lo contrario, o sea, derivándolo precisamente de la función de seguridad jurídica del derecho. Justamente, creemos que no puede llamarse ‘seguridad jurídica’ a una aplicación mecánica y exegética de la ley penal, que en vez de ser republicana (esto es, racional), se convierte en irracional, renunciando a preguntarse por el ‘para qué’ (el sentido) de la norma y del orden normativo, minimizando la función del bien jurídico y aproximándose peligrosamente al concepto de delito como pura lesión al deber, punto de vista según el cual la ‘seguridad jurídica’ desaparece como objetivo del Derecho penal, siendo reemplazada por la voluntad omnímoda de un Estado napoleónico. Así, el rechazo de la tesis de la insignificancia o de bagatela en nombre de la ‘seguridad jurídica’ es una falacia, porque, llamándola por su verdadera denominación, el rechazo se operaría en nombre de la realización incondicional de una voluntad irracional del Estado, que sería el único bien jurídico que el Derecho penal tutelaría”.

¹⁵³ Cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 173).

¹⁵⁴ ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 557.

Existe un otro sector de la doctrina, empero, que afirma que el criterio de insignificancia no se puede aceptar en sistemas penales que expresamente criminalizan conductas menores (*previsión legislativa residual*). Es el caso de España,¹⁵⁵ y también de Brasil, donde se encuentra en vigor la ley de contravenciones penales, que son infracciones penales consideradas de menor gravedad por el legislador.

En esas hipótesis, la interpretación restrictiva de los correspondientes dispositivos legales, con la consecuente afirmación de atipicidad material de las conductas nimias, significaría aplicación de analogía *contra legem*, violadora del principio de legalidad penal.

No obstante, se trataría de conclusión quizás equivocada, pues nada impide que después de la valoración normativa de la ofensa el intérprete reconozca que, de tan ínfima que es, no se subsume ni siquiera a los tipos privilegiados y contravencionales.¹⁵⁶ El Derecho penal sólo debe intervenir en aquellos casos en que la vida en sociedad se ve afectada de manera intolerable y grave. No le incumbe cuidar, por lo tanto, de pequeñas ofensas a los bienes jurídicos.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Cfr. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español-II*, p. 94, que afirma: “Este principio [de insignificancia] es, además, incompatible con la configuración de las faltas en el Libro III del Código penal español donde se regulan expresamente infinidad de casos de bagatela (por ejemplo, las lesiones que no necesitan tratamiento médico o quirúrgico o sólo exigen la primera asistencia facultativa, art. 617.1, los hurtos, estafas o apropiaciones indebidas por cuantía inferior a 50.000 pesetas, art. 623.1 y 4, daños por cuantía inferior a 50.000 pesetas, art. 625, las amenazas, coacciones e injurias de carácter leve, art. 620, 2.º etc.)”.

¹⁵⁶ Cfr. GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 42, que subraya: “Que sea valorativo y no meramente cuantitativo nos permite afirmar que tiene vigencia en el ámbito contravencional, aun cuando éste sea lo propio de las acciones menos desvaloradas por el Derecho penal. En otros términos su campo de aplicación excede al delito, proporcionando al marco contravencional, en ocasiones más riguroso que el de aquel, un reparo a la incriminación formalista”. LUZÓN PEÑA (*Curso de Derecho penal-PG*, p. 566) subraya: “Es especialmente fácil de aplicar el principio de insignificancia en aquellos tipos que distinguen una forma grave como delito y una leve como falta, considerándose entonces que la levisima es atípica en virtud del principio de insignificancia”.

¹⁵⁷ Cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro), *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 175.

Para Zipf,¹⁵⁸ por otro lado, el método de interpretación restrictiva del tipo, del cual el criterio de insignificancia constituye instrumento, sólo sería posible en los casos en que la redacción legal del tipo penal contuviera característica (p. ejemplo, el resultado) que se pudiera confrontar con la escasa importancia de la ofensa material verificada al bien jurídico tutelado.

De acuerdo con tal posición, solamente los delitos materiales comportarían juicio de insignificancia bajo la óptica penal, con la consecuente posibilidad de reconocimiento de su atipicidad material. Tal postura, como se ve, considera exclusivamente el criterio del desvalor del resultado para la configuración del hecho como delito de bagatela, ignorando, por lo tanto, que también el desvalor de la acción debe tomarse en cuenta para la fijación del carácter irrelevante de la conducta, según el parámetro de la nocividad social, de cuño eminentemente normativo.¹⁵⁹

Una posición de cuño acentuadamente formalista afirma ser inaplicable el criterio de insignificancia por *no estar previsto en la legislación*, es decir, porque no está “incorporado al ordenamiento jurídico”. Tal objeción es combatida. El criterio de insignificancia no es más que una importante construcción dogmática, con base en conclusiones de orden político-criminal que busca solucionar situaciones de injusticia provenientes de la falta de proporcionalidad entre la conducta reprobada y la pena aplicable. La norma escrita no contiene todo el derecho y por eso mismo, en el campo

¹⁵⁸ Cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 104.

¹⁵⁹ Cfr. VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, p. 65).

penal, la construcción teórica de principios como el de insignificancia no hiere el mandamiento constitucional de la legalidad.¹⁶⁰

La adopción de la insignificancia generaría, por otra parte, el peligro de un retroceso del Derecho penal, dando la sensación de *ausencia de tutela jurídica*, sin ninguna compensación y con consecuencias incontrolables. Tal objeción resultaría del desconocimiento de la naturaleza fragmentaria y subsidiaria del Derecho penal. No se pretende que las conductas lesivas de poca relevancia pasen a ser consideradas lícitas, y sí lo que se propone es retirar esas conductas lesivas del área de influencia del Derecho penal, transfiriendo la solución del problema para otras ramas del ordenamiento jurídico (subsidiariedad) o incluso otros instrumentos de control social (*diversidad*). La medida aportaría otras ventajas de orden político-criminal como por ejemplo restringir la competencia de la justicia criminal con la eliminación de sobrecarga de trabajo por el excesivo número de casos relativos a delitos de bagatela.¹⁶¹

Para los que sostienen el criterio de insignificancia, estaría él en coherencia con la equidad y correcta interpretación del Derecho.¹⁶² La ley clasifica abstractamente las situaciones hipotéticas reputadas más graves en el plano general de la ilicitud y a ellas conmina, también abstractamente, la más grave sanción de que dispone el Estado dentro de su arsenal represor de la ilicitud –la pena criminal.

¹⁶⁰ Cfr. VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, p. 66 y ss).

¹⁶¹ Cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 176 y ss.).

¹⁶² Cfr. ACKEL FILHO (Diomar, *O princípio da insignificância no Direito penal*, JTACrSP, v. 94, p. 73).

Después de ese proceso abstracto de selección de conductas y conminación de las penas, surge el momento de actualización del sistema ante la práctica de un crimen.¹⁶³ En ese instante puede surgir para el aplicador de la ley penal –el juez– el dilema ante la constatación de que la pena criminal, aunque aplicada en el menor grado posible, se torne, en razón de la situación concreta, más grave de lo que exigiría el grado de reprobabilidad ordinaria de la acción. ¿Qué le restará al juez ante ese cuadro? Cuando atienda a la construcción dogmática del criterio interpretativo de la insignificancia debe considerar el hecho como atípico (es decir, fuera del Derecho penal). Nada parecería más natural que aceptar el criterio de insignificancia y buscar una forma de traerlo para el sistema positivo, como mecanismo receptor y divulgador del principio de igualdad dentro del Derecho penal.¹⁶⁴

La imperfección del trabajo legislativo, por otro lado, hace que puedan ser consideradas formalmente típicas conductas que, en realidad, deberían ser excluidas del ámbito de prohibición establecido por el tipo penal.¹⁶⁵ En la redacción del tipo penal, el legislador sólo tiene en mente los perjuicios relevantes que el comportamiento incriminado pueda causar al orden jurídico y social. El criterio de insignificancia surge justamente para evitar situaciones de esa especie, actuando como instrumento de interpretación restrictiva del tipo penal.¹⁶⁶

¹⁶³ Cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 51 y ss.).

¹⁶⁴ Cfr. LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 53).

¹⁶⁵ Cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 102.

¹⁶⁶ Cfr. VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, p. 55).

En los casos concretos en los cuales la realización “formal” del tipo legal no implica, por su nimia lesividad, la concreción *material* de la tipicidad penal, existe otra vía para llegarse a la no-intervención penal. Si el principio *nullum crimen sine iniuria* impide esa intervención cuando de la conducta no resulta una lesión o peligro de lesión al bien jurídico, del mismo modo no se justifica la reacción penal cuando el hecho es de muy escasa ofensividad, mínimo. Es la idea del *tangere sine iniurare*.¹⁶⁷ Una sanción penal en ese caso sería desproporcionada (principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso).

La ofensa exigida por el Derecho penal de intervención mínima, entonces, debe ser “*significativa*”, perturbadora para la convivencia social, intolerable. Cuando de un hecho nimio se trata, mejor y más justo resulta su despenalización concreta, es decir, la no-intervención del Derecho penal (*no intervention*), que sería más perjudicial y dañosa que la incidencia de otro tipo de consecuencia jurídica de naturaleza civil o administrativa.

5.5 El reconocimiento del criterio interpretativo de la insignificancia penal en el Derecho comparado y sus implicaciones dogmáticas

a) El reconocimiento del criterio interpretativo de la insignificancia penal

Es cierto que gran parte de la doctrina actual, como hemos visto, reconoce el criterio de la insignificancia como instrumento de corrección del tipo

¹⁶⁷ Cfr. LAGHI, Comentarios a la S. de 13.11.1997, de la Corte de Cassazione. Sez. I penale, *L'Indice Penale*, 1999, p. 306.

penal.¹⁶⁸ Pero, no es únicamente la doctrina, y sobre todo la más reciente, desde los planteamientos de Roxin, la que admite el referido principio. En sistemas jurídicos como el brasileño hay incluso hipótesis de reconocimiento *legal*, presente en el Código Penal militar.

El artículo 209, § 6.º, dice: “En el caso de lesiones levísimas, el Juez puede considerar la infracción como disciplinaria”.

El juez tiene la facultad de declarar la ausencia de tipicidad “penal”, reconociendo que la lesión es insignificante y caracteriza tan sólo una infracción disciplinar; (...) un análisis de la Exposición de Motivos del CPM (n. 17) bien revela la “*mens legis*”: “Entre los delitos de lesión corporal está la ‘levísima’, la cual, según la enseñanza de la vivencia militar, puede ser desclasificada por el Juez para una infracción meramente disciplinaria, evitándose en ese caso el pesado encargo de un proceso penal para un hecho de tan poca relevancia”.¹⁶⁹

El dispositivo legal mencionado deja claro que corresponde al *juez* el reconocimiento de la insignificancia, con la consiguiente transferencia del

¹⁶⁸ Véase el apartado anterior (n. 5.4), donde fueron citados diversos autores que defienden la aplicación del referido criterio. A ellos cabe añadir: VITALE (Estado constitucional de Derecho y Derecho penal, *Teorías actuales en el Derecho penal*, AA.VV, p. 96) menciona otros partidarios de la misma idea: Germán Bidart Campos, Carlos Creus, Luis F. Niño, Maximiliano Rusconi, Enrique García Vitor, R. Corvalán y Adrián Berdichevsky; ESER y BURKHARDT, *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, p. 29, señalan: “Por otro lado, a la hora de realizar una interpretación teleológica orientada en el bien jurídico, es necesario no olvidar que este método puede conducir fácilmente a sobredimensionar al ámbito de la punibilidad (cfr. Schünemann –Bockelmann– FS 118, 129). Por consiguiente, es necesario un correctivo –inminente en toda interpretación ‘razonable’– a través del criterio de insignificancia lesiva, según el cual es necesario excluir desde el comienzo ‘las injerencias mínimas en el bien jurídico’ protegido por determinados tipos penales (como por ejemplo, en los delitos de lesiones o en el delito de detenciones ilegales) cuando éstos sean materialmente insignificantes”. Aún sobre referido principio véase QUEIROZ (Paulo de Souza, *Do caráter subsidiário do Direito penal*, p. 123-127). En el Derecho argentino: véase GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 44-55.

¹⁶⁹ Cfr. CELIDONIO (Celso, O princípio da insignificância, *Direito Militar*, n. 16, 1999, p. 9-10).

caso al ámbito administrativo (infracción disciplinar), cuando la lesión es “levísima” (mínima).

Obviamente, como afirma Vitale,¹⁷⁰ “es el juzgador quien deberá determinar en cada caso concreto si nos encontramos frente a un supuesto de insignificancia –y por ende de impunidad– o si, por el contrario, la conducta reviste la entidad suficiente como para constituir un ilícito penal (...); El juzgador deberá determinar el ámbito de la insignificancia de la misma forma que lo hace con cualquier instituto al que se refiere el legislador penal, como es el caso de la ‘autoría’, ‘participación’, ‘comienzo de ejecución’, ‘delito imposible’, ‘error de tipo’, ‘obediencia debida’... La ley se refiere a ellos sin determinar su alcance, pues ello forma parte de la función judicial ”.¹⁷¹

Sentada en el Derecho comparado la amplia aceptación (doctrinal) del criterio de insignificancia, cabe analizar la posición de la jurisprudencia. La brasileña, tanto cuanto la argentina¹⁷² y la italiana,¹⁷³ viene aplicándolo desde hace

¹⁷⁰ VITALE, *Principio de insignificancia y error*, p. 45.

¹⁷¹ Sobre la (discutible e ilegal) aplicación del criterio de insignificancia en las comisarias de policía cfr. QUEIROZ (Carlos Alberto Marchi de, A autoridade policial e o princípio da insignificância, *Boletim IBCCrim* n. 25, 1995, p. 3). Véase también: LIMA (Agnaldo Siqueira, O princípio da insignificância, *Direito & Justiça* de 11.09.95, p. 6. En sentido crítico a ese fenómeno empírico cfr. CELIDONIO (Celso, O princípio da insignificância, *Direito Militar*, n. 16, 1999, p. 10).

¹⁷² Sobre el reconocimiento de la teoría de la insignificancia en Argentina: cfr. VITALE, *Principio de insignificancia y error*, p. 19 y ss.; CORNEJO, *Teoría de la insignificancia*, p. 55 y ss.

¹⁷³ Cfr. SANGUINÉ (Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP*, ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 41) que se refiere a la jurisprudencia argentina e italiana, in verbis: “En Argentina la jurisprudencia ha admitido el criterio de insignificancia en casos de “ínfima cantidad de marihuana”, por entender que carecía de potencialidad dañosa para vulnerar el bien jurídico tutelado, es decir, la salud pública, así como para causar dependencia física o psíquica exigida en ley (cfr. *Doctrina penal*, año 9, Depalma, 1986, p. 172 y ss.) También fue aplicado el principio en un caso de “lesiones corporales imprudentes”, reconociéndose la atipicidad del hecho con fundamento en la insignificancia de la afectación del bien jurídico (*Doc. Penal*, año 8, 1985, p. 119 y ss., con comentarios de Julio Virgolini, *Las lesiones levisimas: un caso de atipicidad por insignificancia*). En Italia, la Corte de Cassazione ha declarado no punible un “hurto” de cuatro hojas de papel de un recetario, por tratarse de sustracción de cosa mueble de valor patrimonial irrisorio (cfr.

muchos años.¹⁷⁴

En una sentencia reciente (de 10.02.1998) la Corte de Cassazione italiana ha reconocido “que la interpretación teleológica del supuesto típico de los artículos 1 y 1-sexies de la ley de 8 de agosto de 1985, n. 431 [que tutelan el medio ambiente] revela claramente que el legislador no ha pretendido defender el ambiente de cualquier ataque, sino de los ataques relevantes contra el objeto de la tutela penal”.¹⁷⁵ En otra Sentencia se ha dicho: “No es punible, en razón de la no-idoneidad de la acción, la falsedad que se revela in concreto no idónea a ofender el interés tutelado que es la genuinidad del documento, es decir, que no cuenta con capacidad de alcanzar una finalidad antijurídica...”¹⁷⁶

En lo concerniente a los delitos de peligro indirecto (o peligro de peligro) es de fundamental relevancia destacar la posición de la Corte Constitucional Italiana, que ha demostrado preocupación en verificarse la *intensidad del ataque* al bien jurídico, porque, como se sabe, estamos ante una anticipación de la barrera de protección penal.

Siempre que se llega a la conclusión de que la ofensa ha sido mínima o insignificante, es decir, que no ha alcanzado la magnitud suficientemente inequívoca que permite identificar la existencia de una clara situación de

ZAGREBELSKY, Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti tra tassatività dell fatto típico e lesività, *Problemi generali di Diritto Penale*, cit., p. 420 y ss.; lo mismo, *Note*, cit., p. 962 y ss.

¹⁷⁴ Cfr. VICO MAÑAS (Carlos, *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*, p. 70 y ss), que cita sentencias en casos de hurto, lesiones, estupefacientes etc. Véase también: LOPES (Maurício Antonio Ribeiro, *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 207 y ss., donde cita decenas de sentencias en el mismo sentido; JESUS (Damásio E. de, *Código penal anotado*, p. 488).

¹⁷⁵ Cfr. *Cassazione Penale*, 1998, p. 2.737.

¹⁷⁶ Cfr. S. de 13.11.1997, Corte di Cassazione. Sez. I, *L'Indice Penale*, 1999, p. 273 y comentarios de LAGHI, loc. cit., p. 273 y ss.

riesgo para el bien jurídico tutelado, resulta más adecuado retirar ese hecho del ámbito de lo penalmente punible, reconociendo su insignificancia (exclusión de la tipicidad).

Afirman Marinucci/Dolcini¹⁷⁷ que referida Corte ya ha tenido oportunidad de examinar la cuestión en un caso de detención ilegal de explosivos¹⁷⁸ y ha subrayado la necesidad del juez identificar, conforme la norma particular y el sistema global, el bien o bienes jurídicos protegidos y determinar “in concreto” la ofensa (= cantidad mínima de explosivo) que, por no cumplir el límite mínimo de la ofensividad (potencial) del bien en discusión, está fuera de lo penalmente relevante”. En otro caso, relacionado con el ya derogado art. 73 del P.R. 9 de octubre de 1990 n. 309, que sancionaba la posesión de sustancia estupefaciente en cantidad superior a la permitida, la misma Corte¹⁷⁹ señaló la posibilidad de comprobarse divergencia entre tipicidad y ofensividad, en razón de la astrattezza de la norma; y ello fatalmente ocurre en los casos en que la parte excesiva del límite tolerable no es más que algo cuantitativamente marginal, modesto, exiguo; es deber del juez en ese caso analizar si el exceso cuenta con idoneidad lesiva para el bien jurídico tutelado.

De las Sentencias referidas, lo que se puede deducir es que cuando el tipo penal describe de forma muy genérica y amplia o de modo muy abstracto una conducta potencialmente lesiva al bien jurídico es deber del *intérprete*, teniendo en consideración el *principio de necesaria ofensividad*,

¹⁷⁷ MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 422-425.

¹⁷⁸ Corte Constitucional 26.03.1986, n. 62, in *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 415 (apud MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 423, nota 24).

¹⁷⁹ Corte Constitucional italiana 11.07.1991 n. 333 (apud MARINUCCI y DOLCINI, *Corso di diritto penale*, p. 423, nota 25).

individualizar dentro del ámbito del supuesto de hecho un grado mínimo de ofensividad que permita, del modo más inequívoco posible, discernir las clases de hechos que son penalmente relevantes de las que no lo son. Cuando el hecho se caracteriza por una objetiva exigüidad, tenuidad, no hay como dejar de concluir que no es idóneo para causar una ofensa, aunque indirecta, al bien tutelado.

Con relación a la jurisprudencia brasileña cabe señalar:

*“En el delito de defraudación de impuestos, la pequeña cantidad y el poco valor del objeto de procedencia extranjera que está en poder del acusado autoriza la aplicación del criterio de insignificancia, descaracterizando el delito. Una sanción criminal, “in casu”, sería, en virtud de sus consecuencias, desproporcionada al daño resultante de la conducta practicada”.*¹⁸⁰

El punto discutible de la línea jurisprudencial citada reside en el criterio adoptado.¹⁸¹ De todos modos, lo relevante siempre es la existencia de una ofensa mínima al bien jurídico, no la proporción del daño con relación a los bienes del sujeto pasivo.¹⁸² En materia de estupefacientes son numerosas las Sentencias del Superior Tribunal de Justicia:

¹⁸⁰ Cfr. SSTJ de 17.05.1999, ponente FERNANDO GONÇALVES (DJU de 21.05.99, p. 298). En el mismo sentido: SSTJ de 20.04.1999, ponente JOSÉ ARNALDO DA FONSECA (DJU de 24.05.1999, p. 185). Reconociendo el citado principio en un caso en que se sacrificó tres animales de pequeño porte (SSTJ de 09.03.1999, ponente FERNANDO GONÇALVES, DJU de 05.04.1999, p. 160). Véase aún JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, p. 76, que señala otras hipótesis de aplicación del criterio de la insignificancia por la jurisprudencia brasileña: hurto, lesiones corporales mínimas, malos tratos, posesión de estupefacientes, delito tributario, estafa, daños etc.

¹⁸¹ Cfr. CALLEGARI (André Luis, O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância, *Boletim IBCCrim* n. 56, julio/97, p. 9), que no está de acuerdo con el criterio del “valor del objeto de procedencia extranjera”; en su opinión lo correcto sería valorar el impuesto o tributo debido, es decir, el total del perjuicio causado a la Hacienda.

¹⁸² Cfr. SSTJ de 20.05.1997, ponente FELIX FISCHER, DJU de 23.06.1997, p. 29.166.

“Estupefaciente. Cantidad ínfima. Atipicidad. El crimen, más allá de la conducta, reclama un resultado en el sentido de causar daño o peligro al bien jurídico (...); la cantidad ínfima informada en la denuncia no proyecta el peligro reclamado”.¹⁸³ Siempre “es importante demostrar si la sustancia tenía potencialidad para afectar al bien jurídico tutelado”.¹⁸⁴ La pena debe ser “necesaria y suficiente para la reprobación y prevención del delito. Cuando la conducta no sea reprochable, siempre y cuando la pena no sea necesaria, el juez puede dejar de aplicar dicha pena. El Derecho penal moderno no es un puro raciocinio de lógica formal. Es necesario considerar el sentido humanístico de la norma jurídica. Toda ley tiene un sentido teleológico. La pena cuenta con utilidad”.¹⁸⁵ También la Suprema Corte ya ha reconocido el criterio de insignificancia¹⁸⁶ e incluso recientemente.¹⁸⁷

En síntesis: la doctrina y la jurisprudencia, en los países analizados, admiten el criterio de insignificancia como instrumento auxiliar de interpretación restrictiva de los tipos penales, con la consecuencia de excluir del ámbito de la tipicidad las conductas que no afecten de modo significativo (intolerable) el

¹⁸³ Cfr. SSTJ de 18.12.1997, ponente LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, *DJU* de 06.04.1998, p. 175. En el mismo sentido: SSTJ de 07.04.1998, ponente JOSÉ DANTAS, *DJU* de 18.05.1998, p. 116; SSTJ de 05.03.1998, ponente LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, *DJU* de 25.05.1998, p. 161. Sobre el criterio de insignificancia y la ínfima cantidad de estupefacientes véase aún: MENDES (Carlos Alberto Pires, O princípio da insignificância e a ínfima quantidade de entorpecente, *Justicia & Poder* n. 3, 1998, p. 65); FRANCO, Alberto Silva et alii, *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*, p. 1.096 y ss.;

¹⁸⁴ Cfr. SSTJ de 30.03.1998, ponente ANSELMO SANTIAGO, *DJU* de 01.06.1998, p. 191.

¹⁸⁵ Cfr. SSTJ de 21.05.1998, ponente LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, *DJU* de 17.08.1998, p. 96.

¹⁸⁶ Por primera vez, de manera explícita, en 06.12.1988, en un caso de lesión corporal: cfr. SANGUINÉ (Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP* ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 36). Antes ya había reconocido el principio, pero, sin darle el nombre de insignificancia; cfr. SANGUINÉ (Odone, Observações sobre o princípio da insignificância, *FCP*, ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 36, nota 1).

¹⁸⁷ Cfr. SSTF – HC 77.003-PE, ponente MARCO AURÉLIO, *Boletim IBCCrim* n. 72/Jurisprudência, 1998, p. 301.

bien jurídico protegido, que de todos modos no estarían comprendidas en la “finalidad” de la norma o en su “sentido material”.

Los tipos penales, así, desde esa perspectiva *material*, deben interpretarse de acuerdo con el bien jurídico protegido y así mismo en consonancia con el principio de fragmentariedad (no todos los bienes importantes son tutelables; ni tampoco todas las lesiones a esos bienes son penalmente relevantes). Como consecuencia de lo expuesto, en él están comprendidas exclusivamente las ofensas penalmente significativas o conforme a la “finalidad de la norma” (por ende, conductas inofensivas o daños de poca relevancia están fuera de su ámbito de aplicación).

Pese a la reiterada aplicación del criterio de insignificancia, continúan discutibles sus presupuestos (o requisitos) de admisibilidad. ¿Sería el caso de llevarse en cuenta exclusivamente el desvalor de la acción? O, como propugna Luiz Luisi,¹⁸⁸ ¿únicamente el desvalor del resultado?

La Corte Suprema brasileña, de modo sorprendente, en reciente decisión, ha entendido que no sólo el desvalor de la acción y del resultado son relevantes para el reconocimiento del criterio de insignificancia, sino también otras circunstancias del hecho y del autor.¹⁸⁹ En la decisión de la Corte referida está presente la idea de un Derecho penal del autor.

¹⁸⁸ Cfr. LUISI (Luiz, *Boletim IBCCrim-Jurisprudência*, n. 63, 1998, p. 1), que afirma: “el principio de insignificancia tiene por fundamento la ausencia de una lesión (daño o peligro) relevante al bien jurídico protegido por la norma incriminadora. En otras palabras: en ser tan inexpresiva la lesión al bien jurídico, de forma a no constituir una efectiva ofensa. Y por ausencia de tal ofensa al bien jurídico tutelado, no se caracteriza la tipicidad. Inexistiendo esta, no hay delito”.

¹⁸⁹ Cfr. Sentencia de la 2.^a Turma del STF (*DJU* de 07.06.1996, p. 19.826), *Boletim IBCCrim-Jurisprudência*, n. 63, 1998, p. 1). En sentido prácticamente coincidente: STACrSP de 18.07.1990, ponente HAROLDO LUZ, *RT* 664, p. 285 y ss.

De ahí la censura de Luisi,¹⁹⁰ *in verbis*: “Es incuestionable que si no existe la tipicidad, las circunstancias presentes en el contexto del hecho y la vida pasada del autor no tienen la virtud de transformar en ilícito el hecho. Una lesión insignificante a un bien jurídico, aunque sea de autoría de un reincidente en la práctica de delitos graves, no hace que al mismo se le pueda atribuir un delito. Sus antecedentes, por más graves que sean, no pueden llevar a la tipificación criminal de una conducta que, por haber causado insignificante daño a un bien jurídico, no ha causado una lesión relevante”.

De todos modos, la posición de la Corte brasileña se aproxima a un principio que está en elaboración en este momento en el Derecho italiano, que es el de la “*irrelevancia penal del hecho*” de “*bagatela*”, que va a tener repercusiones en el área de la procesabilidad o punibilidad. En marzo de 1998, en efecto, el Ministro Flick presentó ante el Senado Italiano un Proyecto de Ley (n. 4625)¹⁹¹ que pretendía añadir el artículo 346-*bis* en el Código de Proceso Penal, con la siguiente redacción:

“Título III-bis – Irrelevancia penal del hecho – art. 346-bis – (Exclusión de la procedibilidad por irrelevancia penal del hecho) – 1. Para los delitos para los cuales la ley establece una pena privativa de libertad no superior a tres años o una pena pecuniaria única o conjuntamente conminada con la citada pena, la procedibilidad queda excluida cuando resulta la irrelevancia penal del hecho (...); 2. El hecho es penalmente irrelevante cuando, con relación al interés tutelado, la exigüidad del daño o del peligro derivado, así como la modalidad de la conducta, su ocasionalidad, valorada incluso con relación a la

¹⁹⁰ LUISI (Luiz, Boletim IBCCrim-Jurisprudência, n. 63, 1998, p. 1).

¹⁹¹ Cfr. BARTOLI, Inoffensività del fatto e interpretazione della norma, *Cassazione Penale*, 1998, p. 2.738.

capacidad de delinquir del reo, y el grado de la culpabilidad no justifican el ejercicio de la acción penal... ”.

En el texto final, de responsabilidad de Pietro Carotti, la irrelevancia penal del hecho se ha transformado de causa de exclusión de la procesabilidad en causa de exclusión de la punibilidad. Pero después, en la Comisión de Justicia de la Cámara, la disposición se suprimió¹⁹² y, de ese modo, hasta hoy no se ha convertido en ley.

La propuesta legislativa italiana está en la línea del trabajo político criminal y de las sugerencias de Paliero,¹⁹³ que defiende, sobre todo para evitar arbitrariedad e inseguridad, la construcción de un “tipo” “bagatelar” basado en criterios selectivos relacionados con la exigüidad del desvalor del resultado, del desvalor de la acción y de la exigua culpabilidad.

Si la “solución” para la criminalidad de bagatela adoptada en Alemania fue el “archivo del caso” (con o sin condiciones),¹⁹⁴ en Austria y Portugal la introducción en el Código Penal de una cláusula general bagatelar (artículos 42 y 75, respectivamente),¹⁹⁵ en Brasil la despenalización y la introducción de un sistema consensual,¹⁹⁶ la doctrina y el legislador italianos pretenden la construcción de un “tipo bagatelar”, fundado en múltiples criterios, que permitirá la exclusión o del proceso o de la punibilidad. Con ello lo que se

¹⁹² Cfr. DIOTALLEVI, L'irrelevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro de spalle?, *Cassazione Penale*, 1998, p. 2.806 y ss.

¹⁹³ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, p. 742 y ss.

¹⁹⁴ Cfr. ARMENTA DEU, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, p. 41 y ss.

¹⁹⁵ Para el Derecho portugués cfr. ANDRADE (Manuel da Costa, *Consenso e oportunidade*, *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de processo penal*, p. 317 y ss.). Cuanto a la legislación austriaca véase GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 52.

¹⁹⁶ Cfr. GOMES (Luiz Flávio, *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*, p. 29 y ss.)

quiere es una amplia “deflación del sistema penal”, eliminándose del trabajo judicial los delitos “bagatelares”, para que se le restituya la ‘racionalidad’. De todos modos, como advierte Paliero,¹⁹⁷ no se puede aplicar el instituto a un “hecho bagatelar”, pero cometido por un “autor no bagatelar”. Consideraciones preventivas no permitirían en ese caso la exclusión del hecho del Derecho penal.

Ahora bien, como decíamos, una cosa es el *principio de irrelevancia penal del hecho*, que pretende la no-aplicación como cláusula general de la sanción penal para un determinado grupo de infracciones de menor potencial ofensivo, y otra muy distinta es el *criterio de insignificancia*, que dogmáticamente autoriza la exclusión del tipo legal de las ofensas (lesiones o peligro) de mínima magnitud o nimias.¹⁹⁸

Si con relación al primero son plenamente pertinentes incluso consideraciones personales (culpabilidad, vida anterior, antecedentes penales), porque está en juego la “necesidad” de la pena (el hecho es formal y substancialmente típico), respecto al segundo esos criterios personales no tendrían ningún sentido, porque lo que interesa (para el fin de la tipicidad o atipicidad) es el hecho objetivo practicado¹⁹⁹ y no las tendencias o inclinaciones subjetivas del autor (especialmente porque el hecho insignificante es tan sólo formalmente típico, pero no materialmente).

b) El criterio de la insignificancia penal y la teoría del delito

¹⁹⁷ Cfr. PALIERO, *Minima non curat praetor*, p. 751 y ss.

¹⁹⁸ En ese equívoco puede tener incurrido la STACrSP de 18.07.1990, ponente HAROLDO LUZ, RT 664, p. 285 y ss. Y también la SSTJ de 08.09.1998, ponente JOSÉ ARNALDO, DJU de 05.10.1998, p. 120.

¹⁹⁹ La insignificancia del hecho debe ser evaluada no sólo con relación a la importancia del bien jurídico, sino especialmente en razón de la intensidad de la ofensa, es decir, del grado de la lesión:

Aunque tendencialmente el criterio de insignificancia conduce a la *exclusión de la tipicidad* del hecho de mínima o ínfima relevancia penal,²⁰⁰ cierto es que estamos frente a una cuestión muy discutible.

(a) Una primera fundamentación fue concebida por Welzel,²⁰¹ que ha reconducido algunas hipótesis de “insignificancia” al *principio de adecuación social*: “En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de órdenes históricos de la vida social. Esto repercute en la comprensión e interpretación de los tipos”. Y quedan excluidas de la tipicidad “las conductas que se mantienen dentro de los marcos de la libertad de acción social, aunque no sean necesariamente ejemplares”.

Resulta que “la adecuación social constituye en cierto modo la falsilla de los tipos penales: es el estado ‘normal’ de libertad social de acción, que les sirve de base y es supuesto (tácitamente) por ellos”. Por ser socialmente adecuadas quedan excluidas, así mismo, “las lesiones corporales insignificantes del § 223; las privaciones de libertad irrelevantes del § 239; el jugar pequeñas cantidades, de los §§ 284 y ss.; la entrega habitual de regalos de escaso valor para Año Nuevo del § 331; las conductas meramente indecorosas o impertinentes de los delitos contra la honestidad, entre otros más”.

El criterio de insignificancia está muy próximo del de adecuación social, pero son inconfundibles: “Aunque algunos autores lo incluyen en aquél, puede

cfr. BITENCOURT y PRADO, *Princípios fundamentais do Direito penal*, *RBCCrim* n. 15, 1996, p. 87.

²⁰⁰ Cfr. SANGUINÉ (Odone, *Observações sobre o princípio da insignificância*, *FCP*, ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 46) que afirma: “la descriminalización con base en el principio de insignificancia puede darse por la vía judicial y su sede adecuada es la tipicidad”; TOLEDO (Francisco de Assis, *Princípios básicos de Direito penal*, p. 133); GARCÍA VITOR, *Planteos penales*, p. 28.

²⁰¹ Cfr. WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 83-86.

distinguirse del mismo porque no supone la total *aprobación* social de la conducta, sino sólo una relativa tolerancia de la misma por su escasa gravedad. Es lo que sucede en las *faltas deportivas* cometidas en contra del reglamento pero que se encuadran dentro de lo ‘normal’ en el juego (zancadillas, patadas, etc.)”.²⁰² Por otro lado, la adecuación social está principalmente regulada por el desvalor de la acción, mientras que la insignificancia se centra predominantemente en el desvalor del resultado.²⁰³

(b) En Italia, como vimos, ya prácticamente no se discute que el hecho inofensivo o insignificante está fuera del ámbito de lo penalmente punible (más específicamente del ámbito de la tipicidad) y ello es una exigencia esencialmente equitativa de adecuar las abstractas incriminaciones a la realidad concreta.

No obstante, existe gran controversia con relación a la fundamentación de la no-punibilidad del hecho que presenta una antinomia entre la tipicidad formal y la ofensividad sustancial. A este efecto, se barajan dos tesis:²⁰⁴ la primera, conocida como “concepción realista del delito”,²⁰⁵ parte del presupuesto de

²⁰² Cfr. MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, p. 532; MIR PUIG, *El delito de coacciones en el Código penal*, ADPCP, 1977, p. 300-301.

²⁰³ Cfr. SANGUINÉ (Odone, *Observações sobre o princípio da insignificância*, FCP, ano 3, v. 3, n. 1, 1990, p. 38).

²⁰⁴ Sobre las tesis que serán expuestas cfr. BARTOLI, *Inoffensività del fatto e interpretazione teleologica della norma*, *Cassazione Penale*, 1998, p. 2.739-2.740.

²⁰⁵ En defensa de tal concepción cfr. GALLO, *Dolo-Diritto Penale*, *Enciclopedia del Diritto*, v. XIII, 1964, p. 781 y ss. No se puede confundir referida concepción realista con la sustancialista del delito, de cuño socialista, y que ve el delito como un hecho “socialmente peligroso” (sobre esa concepción “material” de delito cfr. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, p. 105). Aún sobre la concepción realista del delito véase: MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 208 y ss.; PADOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 172-176; PALAZZO, *Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricificazione*, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, p. 83-89 y LAGHI, *Comentarios a la S. de 13.11.97, de la Corte de Cassazione. Sez.I penale*, *L’Indice Penale*, 1999, p. 298, que defiende que referida Sentencia parece insertarse en la línea jurisprudencial que afirma una

que la ofensa al bien jurídico tutelado constituye un requisito autónomo y esencial del crimen y esa exigencia resultaría del art. 49.2, del CP, que plasmaría un principio general de Derecho penal positivo según lo cual el delito debe ser necesaria y significativamente lesivo. Aunque sea una opinión criticada,²⁰⁶ la verdad es que la concepción realista del delito ha tenido la virtud de revelar que la necesaria ofensividad es “*conditio sine qua non*” de la intervención penal.

(c) La segunda tesis mantiene la exclusión de la tipicidad de los hechos inofensivos o insignificantes mediante la *interpretación teleológica del tipo legal* de acuerdo con la “finalidad de la norma”. El hecho inofensivo o insignificante no es típico, es decir, no se subsume al modelo legal y además entra en conflicto con el principio de proporcionalidad. Es la línea doctrinal seguida por la más reciente jurisprudencia en Italia (Cass. 14.05.1993; Cass. 07.08.1996). La no-punibilidad deriva de una “interpretación teleológica del tipo penal”. Sería un entendimiento con amplia posibilidad de aplicación y que respeta el principio de legalidad.²⁰⁷

(d) Otra forma de llegar a la exclusión de la tipicidad es la que defiende Zaffaroni,²⁰⁸ que ha creado la denominada “*tipicidad ‘conglobante’*”. Para él, “la insignificancia de la afectación excluye la tipicidad, pero la misma sólo se

concepción sustancial (“realística”) y no meramente formalista-estigmatizante del Derecho penal (véase también ob. ult. cit. nota 95).

²⁰⁶ Sobre las críticas al principio de necesaria ofensividad del delito cfr.: MANTOVANI, *Diritto penale-PG*, p. 210 y ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, p. 172-176; PALAZZO, Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricificazione, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, p. 83-89; ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale-I*, p. 407 y ss. y 481; STELLA, La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo, *RIDPP*, 1973, p. 19-28; FIANDACA/MUSCO, *Diritto penale-PG*, p. 430 y ss.

²⁰⁷ Cfr. PALAZZO, Meriti e limiti dell’offensività come principio di ricificazione, *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, p. 88. Véase también: BARTOLI, Inoffensività del fatto e interpretazione teleologica della norma, *Cassazione Penale*, 1998, p. 2.740.

²⁰⁸ Cfr. ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, v. III, p. 553 y ss.

puede establecer mediante la consideración ‘conglobada’ de la norma: todo el orden normativo persigue una finalidad, tiene un sentido, que es el aseguramiento jurídico para posibilitar una coexistencia que evite la guerra civil (la guerra de todos contra todos). La insignificancia sólo puede surgir a la luz de la función general que da sentido al orden normativo y, por consecuencia, a la norma en particular, y que nos indica que esos supuestos están excluidos de su ámbito de prohibición, lo que es imposible de establecer a la simple luz de su consideración aislada”.

(e) Una corriente minoritaria vincula el criterio de insignificancia a la antijuridicidad, es decir, la ve como *causa de exclusión de la antijuridicidad material*. En esa dirección existe una Sentencia en Brasil en un caso de hurto de irrelevante ofensividad, de la cual fue ponente Alberto Silva Franco,²⁰⁹ fundada en las siguientes consideraciones: “el Estado de Derecho corporifica en sí la protección de la libertad personal y política de los ciudadanos y la moderación y juridicidad de todo el ejercicio del Poder Público; existe una correlación entre el derecho a la libertad moral extraído del propio contexto constitucional y de la concepción del Estado de Derecho y la noción de crimen como hecho necesariamente lesivo; los bienes jurídicos cuya protección es tarea del Derecho penal no son objetos estáticos que permanecen en reposo, y sí unidades funcionales de carácter social, sin las cuales la sociedad, en su estructuración concreta, no sería capaz de existir; el patrimonio, como bien jurídico tutelado, no es la suma aritmética de todos los bienes de valor monetario de una persona, quiere decir que no se trata de un determinado estado, sino de una concreta unidad funcional, la unidad de la función de asegurar al titular, como fundamento

²⁰⁹ Cfr. STACrSP de 23.12.1981, ponente ALBERTO SILVA FRANCO, *JTACrSP* n. 69, p. 441-443.

de la vida económica de la persona, un ámbito de efectividad económica y de existencia; la lesión patrimonial debe concebirse en su concreta repercusión en el ámbito de la vida de una persona y no como una disminución abstracta de valor de su potencial económico; la lesión patrimonial relevante debe poseer un peso. Como observó Aldo Moro: el crimen no tiene tan sólo un modo de ser objetivo que lo caracteriza, sino también, por así decir, un peso, de modo que hay un límite de suficiencia, por cualidad y cantidad de la empresa criminal. Más allá de ese límite cualitativo-cuantitativo no hay racional consistencia de crimen, ni justificación de la pena; la criminalidad de bagatela se sitúa exactamente en el campo de esas lesiones inofensivas, de poca o mínima significación, y su relevancia para la justicia criminal consiste no solamente en la carga excesiva provocada por el *montón de menudencias* que impide la persecución de hechos punibles graves, sino también una actitud, cada vez más liberal (“*lassa*”), de la población sobre el ámbito de lo punible producida inevitablemente por el empleo indiscriminado del Derecho penal”.

También Guzmán Dalbora reconduce la lesión ínfima a la categoría de la antijuridicidad. A la pregunta ¿cuándo la lesión de un determinado bien jurídico puede estimarse como insignificante? El citado autor²¹⁰ contesta: “la respuesta sólo se encontrará en la teoría de la antijuridicidad, a menos que se violente la índole descriptiva del tipo y se lo recargue, innecesariamente, con condicionamientos valorativos”.

²¹⁰ Cfr. GUZMÁN DALBORA, La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito del injusto típico, *RDPC*, n. 5, 1995, p. 526 y 536.

Más adelante fundamenta la tesis de la exclusión de la antijuridicidad *in verbis*: “... el contenido del juicio de antijuridicidad va algo más allá y exige un *plus* que se añade a la mera lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (...); sólo vinculando dicha lesión con la referencia más amplia (...) de las normas de cultura estatalmente reconocidas se reconstruye y constata la sustancia de lo antijurídico. En esta imagen más completa acerca del contenido material del juicio de antijuridicidad que se predica de un acto típico, las ofensas irrelevantes a un bien jurídico (...) encuentran la explicación de la irremediable exclusión de su antijuridicidad”.

Una de las principales críticas que se puede dirigir contra esa posición consiste en que el reconocimiento de una causa de exclusión de la antijuridicidad exigiría casi siempre el enjuiciamiento del caso, lo que no ocurre con las causas de exclusión de la tipicidad.

(f) También existe un sector de la doctrina que reconduce la insignificancia para el ámbito de las *eximentes de pena*, tal como defiende Abel Cornejo.²¹¹ “... para el criterio que aquí se sostiene evidentemente se trata de una eximente de pena, puesto que aunque fuesen nimias las conductas que están descritas formalmente por un tipo penal, no pueden considerarse atípicas (...); en lo que respecta a que carece de antijuridicidad la conducta nimia, evidentemente que en el actual sistema penal argentino no existen posibilidades de adoptar criterios que permitan soslayar la antijuridicidad formal (...); delito insignificante es aquel que, si bien se encuentra formalmente descrito por un tipo penal, no afecta de manera relevante al bien jurídico que protege ese tipo. El fundamento legal de principio, tiene

²¹¹ Cfr. *Teoría de la insignificancia*, p. 70 y ss.

apoyo en el art. 44 *in fine* del Código Penal, que se refiere a la exención de pena para el delito imposible (...); es decir que hay tipicidad, puesto que la conducta contiene todos los elementos configurativos del tipo penal, pero por tratarse de un hecho nimio, irrelevante o insignificante, no se hace merecedor de una sanción”.

Llevar el hecho insignificante para el ámbito de las eximentes de pena significaría admitir la existencia del injusto penal y ello no es admisible porque referido hecho no es intolerable y el Derecho penal sólo debe intervenir como *ultima ratio*.

(g) Una ulterior y más avanzada fundamentación para la exclusión de los actos insignificantes del ámbito de la tipicidad consiste en considerarlos según la perspectiva de la *teoría de la imputación objetiva*²¹² como hipótesis de “riesgo permitido” o “no relevante”. En estos casos “la atipicidad del comportamiento surge de la combinación de un mínimo riesgo y de su adecuación social. Sólo de esta forma se puede comprender, p. ej., que insultos que hoy día son normales, en la calle, en un campo de fútbol, o incluso en el Congreso, un siglo antes hubieran justificado un duelo de muerte; en consecuencia, debemos decir que, en relación con el honor el nivel de lo ‘tolerable’, el grado de riesgo que se considera insignificante, ha aumentado muy considerablemente”.²¹³

²¹² Sobre la teoría, en Brasil, véase por todos JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, “passim”.

²¹³ Cfr. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, p. 97-98.

Es riesgo prohibido penalmente imputable debe ser relevante. En consecuencia, el Derecho penal no debe intervenir cuando la lesión jurídica es mínima.²¹⁴

Toma de postura: la no-punibilidad del hecho de muy escasa ofensividad, es decir, verdaderamente insignificante, está dogmáticamente vinculado a la *exclusión de la tipicidad*, y ello resulta de dos órdenes de consideraciones:

(a) que el juicio de tipicidad penal más allá de significar la mera subsunción formal de la conducta a la descripción legal tiene un contenido *material* (“el contenido del tipo debe ser constatado desde el punto de vista teleológico del bien jurídico protegido y su concreta y significativa ofensividad contraria el Derecho”);

(b) que la tutela de bienes jurídicos la concretiza el Derecho penal de forma *fragmentaria*, de tal modo que no todos los bienes importantes ni todos los ataques son merecedores de protección penal (“sólo es punible penalmente lo que resulta indispensable para la protección del bien jurídico”).

La intervención penal, en consecuencia, está condicionada no sólo a la exteriorización de la conducta (*principio del hecho*) y a la presencia de una concreta ofensa al bien jurídico protegido en cada norma penal (*principio de ofensividad*) sino también a la existencia de un ataque (lesión o peligro) socialmente *intolerable* a la convivencia en comunidad (*fragmentariedad*). La conducta insignificante, socialmente ínfima, aunque *formalmente* sea adecuada al tipo legal, desde el punto de vista *material* no es punible (no es

²¹⁴ Cfr. JESUS, Damásio E. de, *Imputação objetiva*, p. 76, que señala las hipótesis de aplicación del criterio de la insignificancia por la jurisprudencia brasileña: hurto, lesiones corporales mínimas, malos tratos, posesión de estupefacientes, delito tributario, estafa, daños etc.

típica), porque la ofensa al bien jurídico (= el resultado jurídico) sólo es penalmente relevante (= desvalorado) en sentido penal cuando produce una lesión o un peligro de significativa intensidad (= socialmente insoportable, intolerable). *Tangere no es iniurare*.

La imposición de sanción penal, es decir, la intervención penal en los casos de ínfima ofensividad es además desproporcionada (choca con el *principio de proporcionalidad* o de *prohibición de exceso*). Ello, no obstante, no significa que referida conducta esté fuera de todo control jurídico. Parece proporcionada y adecuada la intervención de otras ramas del Derecho: civil, administrativo etc.

La conjugación de todos los principios que acaban de ser mencionados (principio del hecho, ofensividad, intervención mínima –fragmentariedad y subsidiariedad–, proporcionalidad) constituye una vía adecuada para llegarse a la atipicidad (*material*) del hecho insignificante. Con ello se concluye que el criterio de insignificancia, que tiene la función de un *instrumento auxiliar interpretativo del tipo legal* que permite “en la mayoría de los tipos excluir desde un principio daños de poca importancia”,²¹⁵ podrá ser prescindible en tales hipótesis para fundamentar la no-intervención penal. Los principios anteriormente citados ya son suficientes para impedir la tipicidad de los hechos insignificantes.

²¹⁵ Cfr. ROXIN, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, p. 53. Véase aún: VICO MAÑAS (Carlos), *O princípio da insignificância como excluyente da tipicidade no Direito penal*, p. 52 y ss); LOPES (Maurício Antonio Ribeiro), *Princípio da insignificância no Direito penal*, p. 110 y ss); TOLEDO (Francisco de Assis), *Princípios básicos de Direito penal*, p. 133).

CONCLUSIONES

1.1 – En este trabajo de investigación, relativo a una aproximación al *principio de ofensividad* como límite de la intervención penal, se han discutido los fundamentos, características y consecuencias de un *modelo de Derecho penal* –del *ius libertatis*– que, según una perspectiva constitucional y garantista, no puede prescindir del *principio de ofensividad*, aunque reconociendo su naturaleza de “principio”, es decir, de “norma que impone una *optimización*” (*Optimierungsgebote*).

1.2 – La idea de *ofensividad*, concebida como *exigencia* del sistema *penal*, más allá de sus dimensiones *político-legislativa* y *dogmático-interpretativa* y de *aplicación* de la ley penal, significa, en efecto, la elección de un *modelo de Derecho penal* de carácter predominantemente *objetivo* y fundado, entre otros, en tres pilares básicos: (a) la misión de protección de bienes jurídicos, (b) la correspondiente y necesaria concepción de la antijuridicidad que incluya la ofensa al bien *jurídico* protegido y (c) el respeto a la persona humana como primer y último fin del sistema (*rectius*: un sistema de cuño *personalista*, que viene de la tradición iluminista).

1.3 – De una *lectura constitucional* del Derecho penal y, por ende, del delito, que es absolutamente imprescindible en un *Derecho Penal de garantías*, especialmente cuando la sanción penal afecta a la *libertad*, se

deriva un sistema *caracterizado por principios garantistas* –como el de ofensividad– con capacidad orientadora “externa” (*legitimadora*) suficiente para constituir un punto de referencia en la interpretación y *redefinición* del Derecho penal actual. Los principios que componen el sistema, conforme al modelo de Derecho penal que se estima preferible, sirven de pauta para guiar la decisión del legislador y, asimismo, la del juez.

1.4 – Se ha partido –como *hipótesis de trabajo*– de la premisa de que *no hay delito sin ofensa –lesión o peligro concreto de lesión– a un bien jurídico* (*nullum crimen sine iniuria*). Y una vez admitida la idea de que el bien jurídico integra la *tipicidad penal*, el delito pasa a ser concebido como un “*hecho ofensivo típico*”.

1.5 – La necesaria ofensividad del delito representa, así, un *criterio limitador* (más) de la *intervención penal*, considerada ésta en sus dos dimensiones: *subjetiva y objetiva*, es decir, como derecho a castigar o de amenazar con penas (*ius puniendi*) y como *ius poenale* (conjunto de reglas y principios que definen el delito y sus consecuencias jurídicas).

1.6 – Dos son las (posibles) *finalidades legítimas* del Derecho penal: la protección (fragmentaria y subsidiaria) de bienes jurídicos y la construcción de un sistema de garantías del individuo, tanto frente a ataques provenientes de otros sujetos, como ante la intervención penal del Estado.

1.7 – En el marco de las concepciones que aceptan el bien jurídico como objeto de la protección penal ha surgido, entre tanto, el anómalo y distorsionante problema de su *instrumentalización* (sobre todo política). De las funciones que la teoría del bien jurídico-penal está orientada a

desarrollar (función de garantía, fundamentadora del injusto, sistemática, exegetica y crítica), la que ocupa hoy el centro del debate político-criminal es, indudablemente, la primera (función de garantía), porque a ella correspondería primordialmente la tarea de concebir el bien jurídico como concepto *limitador* del *ius puniendi*.

1.8 – En el llamado “Estado de *bienestar*” (Estado *Social y Democrático de Derecho*), gana cada vez más espacio la tendencial “*dinamización de los bienes jurídicos*”: si en el modelo liberal clásico el sustrato de los bienes jurídicos era producido primordialmente por la sociedad civil (preconstituido), ahora lo es, en general, por el mismo Estado y, muchas veces, concierne a sus propias funciones y estructuras, a sus intereses y estrategias.

1.9 – La *hipertrofia legislativa*, consecuencia de la *expansión* exagerada del castigo penal, es una de las *características* más destacadas del “moderno” Derecho penal, y contradice la *tradición liberal*, merced al prurito de llevar hasta sus últimas consecuencias la misión de protección de bienes jurídicos y la idea de prevención. Esto desnaturaliza tal misión y transforma el Derecho penal, *que debe constituir la “ultima ratio” en “prima ratio”*, particularmente para “solucionar” los más agudos y con frecuencia irresolubles problemas sociales (en el campo de la ecología, de los límites del derecho a la vida, de la genética, de la economía etc.).

1.10 – Otras *características del actual Derecho Penal* son: a) una acentuada política de “criminalización”, más que de “descriminalización” (despenalización); b) las frecuentes modificaciones legislativas de alcance limitado a la Parte especial de los Códigos punitivos y a las leyes subordinadas; c) la dilatación de los marcos penales de delitos clásicos; d)

la protección institucional (o funcional) de bienes jurídicos supraindividuales (clara preferencia por los bienes jurídicos universales o colectivos/difusos, trazados muchas veces de forma vaga y vaporosa) *en detrimento de la garantía material a veces de bienes jurídicos individuales, que innecesariamente se ven sacrificados. Así, la actual protección penal de la salud pública se realiza a veces a costa del derecho a libertad y a disponibilidad de la salud individual, en una opción legislativa, acusadamente represora de tráfico de drogas tóxicas estupefacientes y sustancias afines. Obsérvese que en cuanto a otros comportamientos legales (socialmente admitidos que afectan la salud individual, tanto o más que estas conductas), no por ello se plantea ni remotamente el legislador que deban ser objeto de criminalización.*

1.11 – Cabe añadir a la enumeración del apartado anterior: e) una utilización desmedida de la técnica de los delitos de peligro abstracto; f) el menosprecio abierto del principio de lesividad u ofensividad, lo que implica multiplicar los delitos de mera desobediencia a la norma; g) la erosión del principio de legalidad penal (del contenido de lo prohibido); h) el uso del Derecho penal como instrumento de “política de seguridad” (en flagrante contradicción con su naturaleza fragmentaria y subsidiaria); i) la escasa preocupación por los principios de igualdad y de proporcionalidad, en pos de conceder una atención exacerbada (“penal”) a las exigencias preventivas (*Präventionsstrafrecht*).

1.12 – *Debe destacarse*, además: j) la transformación funcionalista de clásicas distinciones dogmáticas (autoría y participación, consumación y tentativa, dolo e imprudencia etc.) y, sobre todo, l) la anticipación de la intervención punitiva respecto de algunas conductas (*Vorfeldkriminalisierung*) –especialmente a partir del *Derecho Penal*

autoritario—, frente a lo que se ha considerado, por tradición, el núcleo básico del Derecho penal (la lesión o el peligro concreto de lesión al bien jurídico protegido).

1.13 – Gran debate despierta el denominado “Derecho penal del riesgo” (*Risikostrafrecht*), precisamente a causa de su tendencia a exacerbar las exigencias preventivistas para obtener una mayor eficacia del sistema. El peligro abstracto y la flexibilización de los criterios de imputación, son los expedientes preferidos de esta anticipación injustificada de la tutela penal.

1.14 – Del Derecho penal de la lesión (*Verletzungstrafrecht*) se llega al Derecho penal del peligro (*Gefährdungstrafrecht*), de la voluntad (*Willensstrafrecht*) o, incluso, de la actitud (*Gesinnungstrafrecht*). El delito pasa a ser concebido como la infracción de un deber de fidelidad del individuo. Del Derecho penal del hecho y de la culpabilidad o responsabilidad por el hecho concreto *se pasa a la excesiva anticipación de la barrera protectora del bien jurídico. Del delito de lesión se pasa al peligro concreto y de este al peligro abstracto.*

1.15 – En virtud de la falta de criterios rígidos, vinculantes en el momento de la criminalización, y, en particular, *a causa* del muy poco riguroso discernimiento entre lo que son las materias administrativa (accesoria) y penal (los límites entre el ilícito penal y el administrativo continúan *mal definidos*), el Derecho penal resultó ampliamente “*administrativizado*”, sancionándose penalmente incluso los *reati bagatellari*.

1.16 – *Funcionalización y desformalización* son, *por consiguiente*, los dos *trends* actuales en el Derecho penal, lo que ha superado la afirmación de von Liszt de que el Derecho penal debe ser la barrera infranqueable de la

Política Criminal. La nuestra es la “*era de la descodificación*” y de la “*huida hacia el Derecho penal*”.

1.17 – Las tres *consecuencias* principales y drásticas para el moderno e hipertrofiado Derecho penal son: (a) el riesgo de un acentuado déficit operacional (inoperatividad), (b) el peligro de que el Derecho penal cumpla una función puramente *promocional y/o simbólica* y (c) el alto costo para los derechos y garantías fundamentales. Con frecuencia se presenta como un Derecho penal que está orientado, no tanto a proteger un auténtico bien jurídico, sino a servir propósitos políticos de otro alcance, como la satisfacción de una “necesidad de acción” del poder público. En todo caso, es dudoso que el Derecho penal consiga los beneficios pretendidos; al revés, esta inclinación resulta más bien contraproducente para el propio sistema y su credibilidad.

2.1 – Transformar la *huida hacia el Derecho penal* en la *huida del Derecho penal* solo será posible cuando se imponga en todo su sentido el llamado *Derecho penal mínimo (o constitucional)*.

2.2 – La idea de un Derecho penal mínimo (“mínima intervención penal con las máximas garantías”), fundado en el principio de *proporcionalidad-necesidad* (o prohibición del exceso), supone (entre otras medidas): (a) un apego estricto al modelo político-criminal fragmentario y subsidiario; (b) la exigencia de *redefinición* del concepto de bien jurídico-penal y (c) el franco reconocimiento de los principios limitadores del poder punitivo estatal, por ejemplo, el de *ofensividad*.

2.3 – La *fragmentariedad* pretende que el Derecho penal sólo intervenga frente a los *ataques* especialmente graves a un bien jurídico seleccionado

en razón de su *gran relevancia* social. Únicamente las infracciones graves (intolerables) justifican el castigo penal.

2.4 – La *subsidiariedad*, a su vez, propugna la posición del Derecho penal como instrumento de *ultima ratio* frente a los demás sistemas de control social formal o informal. Si otros sectores del ordenamiento jurídico se ofrecen como suficientes y, por lo tanto, más idóneos para la tutela de un determinado bien jurídico, no debe utilizarse el Derecho penal para atender esa finalidad.

2.5 – La adopción de un amplio *proceso de despenalización* (descriminalización) es la consecuencia natural de la idea de intervención penal mínima. El Derecho penal, siendo la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, únicamente puede existir como un *ius poenale* del *ius libertatis* (violaciones graves de bienes jurídicos sumamente importantes), debiendo dotársele de todas *garantías* penales (materiales) y procesales. El ideal *garantista*, aunque nunca podrá considerarse plenamente realizado, no debe ser sometido a flexibilizaciones potencialmente irreparables en el sistema. Por otro lado, la actual tendencia a una expansión intensificada de la intervención penal no puede llegar a suponer un cambio de paradigma de las categorías de la *concepción* del delito, ni en las reglas de imputación.

2.6 – En múltiples sectores se puede plantear el imperativo de una *deflación* radical, particularmente en las infracciones de mínima gravedad, de mera desobediencia, de peligro abstracto etc.

2.7 – Los hechos que no “merecen” o no “necesitan” el castigo *penal* deben, por consiguiente, ser transformados en infracciones administrativas, que podrían ser *sancionadas*, bien por un tipo de *Derecho administrativo sancionador*, permitiéndose algunas flexibilizaciones limitadas de las

reglas de imputación (para incriminar las personas jurídicas, por ejemplo), ya por el *Derecho administrativo clásico* (conflictos no jurisdiccionalizados).

3.1 – En cuanto a la *teoría del bien jurídico*, si no puede decirnos *positivamente* qué bienes son penalmente relevantes, ni otorgar un catálogo (positivo) de los que merecen y necesitan la tutela penal, puede, por lo menos, ofrecernos una serie de *criterios negativos de deslegitimación*, que es todo lo que se pide *si et in quantum* a esa categoría.

3.2 – El *bien jurídico-penal*, desde luego, debe tener como “objetos empíricos” bienes o intereses existenciales (personales) vinculados con *relaciones sociales conflictivas*, que se caracterizan: (a) por la *individualidad* (la persona está en el centro de las relaciones que el legislador selecciona), (b) *dialecticidad* (antagonismo, conflictividad de intereses), (c) *historicidad* (en el momento de la protección la relación seleccionada representa una síntesis, pero después pasa a ser sólo una tesis) y (d) *anterioridad* (relaciones conflictivas preexistentes, es decir, que no son “creadas” por el legislador).

3.3 – En cuanto a los *límites en la selección* de los bienes jurídicos, cabe subrayar: (a) que el legislador únicamente está legitimado para sancionar los comportamientos que modifiquen *situaciones fácticas que se opongan* al cuadro de los valores constitucionales; (b) que no hay impedimento para que se criminalicen hechos ofensivos a bienes que no estén contemplados expresamente en la Constitución, una vez demostrada su importancia social –“merecimiento”– y la “necesidad” de protección; (c) que el legislador penal no puede criminalizar el legítimo ejercicio de libertades fundamentales (derechos de reunión, de manifestación del pensamiento, de

huelga, de asociación, de circulación etc.); (d) que no puede, además, criminalizar *conductas que expresen* una discriminación racial, sexual etc.

3.4 – El legislador, por otro lado: (e) no tiene la obligación de atender las indicaciones –*tácitas*– constitucionales de criminalización; (f) debe considerar como “merecedores” de protección los bienes jurídicos a los que la Constitución confiere especial relevancia (pero, ser “merecedor” de tutela no siempre significa estar “necesitado” de ella) y (g) concretar lo máximo posible el bien jurídico-penal, el cual ha de tener la capacidad de ser afectado, es decir, lesionado o puesto en concreto peligro (perceptibilidad, *Greifbar*).

4.1 – El *Derecho penal del bien jurídico* presupone la idea de una *norma*. Y la premisa básica de la concepción del *principio de ofensividad* reside en el carácter “*valorativo e imperativo*” de las normas penales, es decir, que ellas existen para la tutela de algunos bienes o intereses implicados en relaciones sociales, valoradas positivamente por el legislador para constituir el objeto de una especial y calificada protección, como es la *penal*.

4.2 – Ahora bien, únicamente cuando ese valor (bien jurídico) resulta significativamente *afectado*, perturbando la convivencia en sociedad, la sanción *penal* cobra sentido. Si la norma penal existe para la salvaguarda de un bien jurídico, no basta, *para decretar la antijuridicidad del comportamiento*, la mera intención del autor (“mala voluntad”) ni que la conducta *sic et simpliciter* se exteriorice (principio de materialización de la acción o del hecho) o, tampoco, verifique la descripción “formalista” de la ley (subsunción formal).

4.3 – Antes bien, sólo cuando alcanza el *núcleo de garantía y protección de la norma*, que expresa un bien o interés jurídico, se podrá hablar de una conducta *típica* en sentido *material y garantizador*.

4.4 – La norma jurídico-penal *es tanto “norma de valoración como determinación de conductas”*, pero mientras se postule la concepción *material* de la antijuridicidad, lo trascendental a la hora de decidir si una conducta es o no *contraria a Derecho* será además *verificar* si ha producido o no la lesión o puesta en peligro concreto del interés jurídicamente protegido.

4.5 – La esencia de la infracción del Derecho, es decir, el *injusto penal*, aparece, entonces, desde el plano *constitucional y garantista*, caracterizada como un ataque a la libertad ajena (a la coexistencia de las libertades), y, a la vez, y precisamente por ello, como lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico, *ya que en los delitos de peligro abstracto el grado de afectación (“potencial”) es mínimo y no suficiente para merecer la intervención penal*. La tesis central que se sostiene en este trabajo, en consecuencia, es la siguiente: “*No hay delito sin lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico-penal*” (*nullum crimen sine iniuria*).

4.6 – Permitir la intervención penal, sobre todo en la esfera de la libertad de la persona, en virtud de una mera presunción *legal* o de la simple realización de una conducta, es decir, sin la efectiva demostración de una afectación *al bien jurídico protegido*, visible, externa, perceptible, significa tanto la realización de un Derecho penal distante de la *proporcionalidad* y del canon de la *ofensividad*, como la total desatención a la *dignidad humana*.

4.7 – El *principio de ofensividad*, en razón de su extraordinaria importancia para una incidencia correcta y razonable de la sanción penal, así como otros tantos principios básicos del sistema liberal y democrático (legalidad, culpabilidad), cuenta, por consiguiente, con capacidad suficiente como para asumir diversos papeles, así en el ámbito *político-criminal* (el legislador no está autorizado a criminalizar conductas no ofensivas a un bien jurídico), como en el *dogmático*, es decir, en la teoría jurídica *del delito*.

4.8 – Tanto el *legislador* como, por supuesto, el *intérprete* no pueden, en la óptica del paradigma de la ofensividad, ignorar el *modelo de delito como afectación típica al bien jurídico*.

4.9 – Una vez que se admite que la ofensividad es condición *necesaria*, aunque no *suficiente*, *del contenido de la antijuridicidad*, concibiéndose esta como *lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico*, cobra gran relevancia, en efecto, exigir del *legislador* el cumplimiento de la *primera función* del principio de ofensividad que es la *descripción del delito como una ofensa* a un determinado y concreto bien jurídico (*nulla lex sine iniuria*).

4.10 – En ese sentido el principio de ofensividad representa un límite al *ius puniendi* que implica la eliminación de la posibilidad de configurar el injusto como una *mera desobediencia o simple infracción de la norma* (sin ningún “auténtico” bien jurídico) o, aún, como simple *desvalor de la acción* (peligro abstracto, por ejemplo). Porque el delito, en su esencia, no significa, desde la perspectiva de la ofensividad, solamente la mera realización de la literalidad legal o una mera contradicción “formal” con la norma (por sí sola, no es delito *la realización “literal” de la letra de la ley*; tampoco, la mera *antinormatividad formal*), sino una infracción al Derecho

(es decir, una ofensa al bien jurídico protegido por la norma de derecho) (*nullum crimen sine iniuria*).

4.11 – Así debe proceder el legislador (y, como veremos, también el juez) porque en un Estado en el que la soberanía pertenece al pueblo, todo poder emana de él y la justicia se administra en su nombre; por lo mismo, el Derecho penal no puede perseguir objetivos trascendentes y el delito no puede consistir en violación de preceptos divinos.

4.12 – Reconocida la igualdad de todos los ciudadanos *ante* la ley, sin distinciones de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condiciones personales y sociales, así como el derecho de todos los ciudadanos de expresar libremente su pensamiento y sus preferencias religiosas, la Constitución delinea un Estado plural, laico, fundado en el valor de la tolerancia; en tal Estado, el Derecho penal no puede ser instrumento de la imposición coactiva de una particular visión política, religiosa o ética, y el delito no puede, por ello, consistir en la mera violación de una norma ética o religiosa o en el simple disenso político.

4.13 – Una Constitución que plasma la dignidad humana como principio cardinal impide la concepción de un Derecho penal que reduzca al hombre a un “material” sujeto a “tratamiento”, para castigar una supuesta antisocialidad y, por supuesto, un modelo de delito formalizado como mero “síntoma” de peligrosidad o antisocialidad individual.

4.14 – El reconocimiento del hombre como portador de “derechos inviolables” plasma una relación entre el individuo y la autoridad antagónica a la condición de completa sujeción en que se coloca al individuo en el Estado totalitario: el legislador penal, el intérprete y el aplicador de la ley no pueden, por ello, contemplar el delito como mera

desobediencia, violación de un deber de fidelidad, mera intención rebelde etc.

4.15 – El único modelo de Derecho penal y de delito compatible con los valores constitucionales descritos es, por lo tanto, el de un *Derecho penal como instrumento de protección de bienes jurídicos* y de un delito estructurado como *ofensa a los bienes jurídicos*, en la forma de lesión o de puesta en peligro concreto, *ya que la excesiva anticipación de la barrera de tutela del bien jurídico permite intervenir penalmente en un momento demasiado alejado de la efectiva y necesaria afectación. La anticipación de la protección penal debe tener siempre un carácter excepcional y no puede significar la quiebra del principio de ofensividad y proporcionalidad.*

4.16 – El concepto de delito como ofensa a un bien jurídico, en razón de lo expuesto, tiene que ser proclamado como un *concepto con dimensión constitucional*, a pesar de la ausencia de *una declaración normativa “ad hoc”*. Y, además, partiendo de la necesaria influencia del Estado Constitucional de Derecho en la construcción e interpretación de las categorías dogmáticas de los distintos elementos del delito, resulta posible entender que la protección exclusiva de bienes jurídicos y el carácter necesariamente ofensivo de la infracción, unidos a la intervención mínima, implican la adopción de un concepto *material* de delito y, con ello, de tipo de injusto.

4.17 – *De las normas penales, en cuanto normas de valoración y determinación de conductas, se deduce que la ofensividad es requisito imprescindible, tanto del concepto de delito como para la intervención de naturaleza “penal”. Lo que cuenta a la hora de fundamentar el injusto*

penal es constatar concretamente si el acto produjo o no una lesión o puesta en peligro eficaz al interés penalmente tutelado en el tipo delictivo. Y, además, que ese resultado jurídico sea también desaprobado (*desvalor del resultado*).

4.18 – La *ofensa* al bien jurídico (el *resultado jurídico*) puede adoptar la forma de una *lesión* o de un *peligro concreto*. La *lesión al bien jurídico* (que es una entidad normativa) no debe confundirse, por cierto, con el concepto del *resultado naturalístico*. *Ofensa* significa la *agresión al bien jurídico o interés protegido*, mientras que “*daño*” (o *resultado típico*) viene a designar el efecto de tal *ofensa*, es decir, el *resultado visible de la realidad atacada*. El *daño material o físico del substrato empírico del bien jurídico* (*daño al objeto material del delito*) no tiene la misma naturaleza de la *ofensa al bien jurídico*. La *lesividad*, en consecuencia, que es un concepto que no pertenece a la realidad naturalística, no es lo mismo que “destrucción” del objeto material del delito.

4.19 – Ahora bien, el Derecho penal, más allá de la concreta lesión, verificadas algunas exigencias mínimas, sanciona, también, las acciones humanas de las que puede derivar una lesión, es decir, las acciones peligrosas. El *peligro*, como un resultado potencial, consiste en la *probabilidad* de una lesión. En el peligro existe un estado de hecho, un estado objetivo, que se valora a la luz de las normas de experiencia. El peligro, por lo tanto, es un concepto normativo o valorativo y debe siempre ser verificado en cada caso particular.

4.20 – La puesta en peligro en la “*tesis*” aquí sostenida [*no hay delito sin lesión o peligro de lesión al bien jurídico*], debe entenderse no sólo como exigencia de un *peligro concreto*, sino que representa, según la perspectiva

del dogma de la ofensividad, el *límite máximo* de la intervención penal, o sea, de la *anticipación de la tutela penal* (= de la *Vorfelkriminalisierung*). No se trata, en todo caso, de negar radicalmente la posibilidad de una anticipación de la tutela penal, sino de propiciar un recurso racional a tal anticipación de las barreras de protección, *ya que desde la perspectiva de la subsidiariedad penal otras ramas del ordenamiento jurídico pueden resultar suficientemente eficaces para proteger el bien jurídico en momentos tan alejados de la efectiva lesión*.

4.21 – La noción de peligro concreto, por lo tanto, no siempre implica un peligro para una *persona concreta o un grupo de personas determinadas*. Puede haber un peligro real para los intereses de una persona cierta (en los casos de bienes jurídicos individuales) o para los intereses de personas indeterminadas (bienes supraindividuales), que, en todo caso, deben entrar en el *radio de acción* de la conducta peligrosa.

5.1 – En la disciplina jurídica de la *forma intentada* del delito y, asimismo, en la del *delito imposible* reside un extraordinario “*banco de pruebas*” del modelo de delito como ofensa a un bien jurídico. Siendo así, resulta fundamental descubrir, en cada ordenamiento jurídico, la razón central de la punición de la tentativa idónea y, por otro lado, si se puede o no castigar la tentativa absolutamente inidónea y el delito imposible.

5.2 – Para la teoría *subjetiva*, debe responder por delito intentado quien manifiesta una *voluntad* de (o una inclinación a) cometerlo, y la sanción para esa forma intentada debe ser la misma de la consumación. Ello representa, indudablemente, una anticipación extrema de la tutela penal, porque no toma en consideración el desvalor del resultado.

5.3 – Por otro lado, para la teoría tendencialmente *objetiva* u *objetivista*, que está en armonía con el principio de ofensividad, la punibilidad de la tentativa queda vinculada al efectivo peligro causado para el bien jurídico protegido, y su sanción ha de ser obligadamente menor que la del delito consumado. Siguen esa línea objetivista (en cuanto a la estructura y el tratamiento sancionador de la tentativa) el Código penal italiano (art. 56), el brasileño (art. 14, II) y, según un gran sector doctrinal, el español (art. 16).

5.4 – En cuanto a la incriminación de los *actos preparatorios* (lo que ocurre, por ejemplo, en el delito de “peligro de peligro” o “*reati ostativi*” – *delitos en que el legislador anticipa la tutela penal a momentos anteriores a la puesta en peligro*– y que comprende el llamado delito de preparación –“*Vorbereitungsdelikte*”–, en que se castiga penalmente determinadas actividades de preparación, el delito de tentativa –de “*attentato*”–, en los que el legislador entiende realizado el tipo penal con la mera ejecución de actos que tienden a producir la ofensa al bien jurídico protegido –y de sospecha), sólo resulta legítima cuando sean respetados algunos requisitos mínimos: (a) incriminación específica, no genérica de los actos preparatorios (principio de legalidad penal estricta); (b) jamás puede ser criminalizado el ejercicio de las libertades constitucionales (derecho de reunión, de asociación, de manifestación del pensamiento etc.); (c) tutela de un bien jurídico de relevancia social reconocida (vida, integridad física, preservación *in extremis* de la sociedad o de las instituciones esenciales para el desarrollo de la personalidad etc.); (d) comprobación de la idoneidad lesiva de la conducta; (e) que el bien jurídico ingrese en el *radio de acción* de la conducta peligrosa, aunque sea de forma indirecta; (f) que

el peligro resultante no sea exiguo o insignificante ni tampoco remoto; (g) que la sanción sea proporcional.

5.5 – La incriminación o punición de los actos anteriores a la tentativa, de todos modos, sólo resulta justificada: (a) cuando haya un efectivo “contacto” entre la conducta peligrosa y el bien jurídico; (b) cuando la sanción sea proporcional al grado no inmediato (“lejano”, que no significa “remoto”) de peligro.

5.6 – De lo que acaba de ser expuesto podemos concluir que en el *marco del Derecho penal de la ofensividad* la anticipación de la tutela penal no puede superar los límites infranqueables de una mínima ofensividad al bien jurídico tutelado, la que ha de demostrarse y establecerse *en cada caso concreto*. En los delitos de peligro, al anticiparse la barrera protectora del bien jurídico, la acción es relevante sólo en tanto es creadora de riesgos para el bien jurídico tutelado.

5.7 – En los delitos de peligro “abstracto” o presunto, en los cuales no se exige ninguna verificación concreta del carácter peligroso del acto para el bien protegido, el injusto se reduce a un *puro desvalor de acción*. En esos casos, la falta total, absoluta, del *desvalor del resultado* (de la afectación del bien jurídico) representa una quiebra inadmisibile del principio de ofensividad y, en consecuencia, del límite máximo de la anticipación de la tutela penal dentro del Estado *respetuosamente garantista* de los derechos y libertades fundamentales.

5.8 – También *erosiona el principio de ofensividad el adelantamiento* de la protección en las hipótesis de lesividad *potencial* de la conducta, como ocurre con los llamados delitos de aptitud o idoneidad, que exigen sólo la concreta idoneidad o capacidad ex-ante del comportamiento para la

producción del menoscabo que se quiere evitar. Tanto la mera contradicción formal de la norma (delitos de peligro abstracto o presunto) como la exigencia (exclusiva) de la peligrosidad de la conducta anticipan en exceso la barrera protectora del bien jurídico y no se compaginan con el modelo de delito aquí delineado. No basta la imputación objetiva del comportamiento: el delito requiere siempre, según la perspectiva material sustentada aquí, además, la imputación objetiva del resultado antijurídico. Es incompatible con los postulados político-criminales y dogmáticos aquí defendidos la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los delitos de peligro abstracto en términos de infracción meramente formal (coincidencia de la conducta con la descripción legal).

5.9 – Consideramos legítima la protección penal de los bienes *supraindividuales* (colectivos o difusos) cuando son respetados los principios y los límites inherentes al Estado de Derecho que garantiza los derechos y libertades fundamentales: exclusiva protección de bienes jurídicos, orientación personalista del bien jurídico, legalidad-taxatividad, ofensividad, intervención mínima (fragmentariedad y subsidiariedad) y proporcionalidad.

5.10 – Cuando el tipo penal, más allá de la tutela del bien supraindividual, exige *expresamente* una ofensa a la persona, estamos ante un delito de “*lesión*” al bien jurídico supraindividual (seguridad del tráfico, sanidad pública y salud colectiva etc.) y de *peligro concreto* a los bienes individuales. Ahora bien, ese peligro concreto puede ser *individual* o *común/general*; todo depende de cada figura típica.

5.11 – En el delito previsto en el art. 381 del CPE, por ejemplo (conducción temeraria), tenemos un supuesto de lesión al bien jurídico supraindividual

(seguridad del tráfico) y de peligro concreto *individual (directo)* para los bienes jurídicos particulares, porque es necesario que se presente una víctima concreta; la víctima es una persona determinada.

5.12 – Por otro lado, en el delito del art. 363 (fraude alimentario), hay un delito de lesión al bien jurídico supraindividual (sanidad pública y salud colectiva) y de peligro concreto *común/general (indirecto)* para los bienes jurídicos de los consumidores, porque no es necesario que se presente una víctima concreta, es decir, las víctimas son personas indeterminadas que entraron (directa o indirectamente) en el radio de acción del comportamiento peligroso.

5.13 – Cuando la descripción típica no hace *expresa* referencia a una ofensa contra la persona (art. 379 CP, p. ej.) también existe un delito de “*lesión*” al bien jurídico supraindividual (seguridad del tráfico, en el tipo citado) y, según la interpretación teleológica que creemos válida, un *peligro concreto* para las personas, pero, en este caso, *sólo indirecto*, porque no es necesario que se presente una víctima concreta; las víctimas son personas indeterminadas que entraron en el radio de acción de la acción peligrosa. Por ende, el peligro no es individual, sino *común/general*.

5.14 – El peligro concreto *indirecto* en los supuestos mencionados (art. 363 y 379) es un peligro *concreto* que se identifica, respectivamente, por una exigencia típica explícita o implícita, y consiste en la puesta en peligro de una pluralidad indeterminada de bienes jurídicos individuales, es decir, de personas. El sujeto pasivo en ambos delitos es indeterminado (indeterminado, pero concreto, en el sentido de ‘existente’ y ‘no presunto’), esto es, cualquier sujeto puede penetrar en el *radio de la acción peligrosa*, y al juez le corresponde siempre el deber de verificar esa condición.

5.15 – Con relación a los delitos de tendencia interna trascendente (de “dolo específico”) o de *tentativa* (“*attentato*”), pueden ser interpretados de dos formas: *subjetivamente* (lo que importa para la configuración del delito es tan sólo el vínculo subjetivo; el hecho practicado “con la intención de” alcanzar un ulterior resultado ya es suficiente para la punibilidad) u *objetivamente* (no basta la finalidad especial para la configuración del tipo, sino que se requiere la efectiva constatación de la idoneidad objetiva de la acción para causar el ulterior resultado pretendido, por lo cual, y en virtud del principio de ofensividad, vienen a identificarse los delitos de tendencia interna trascendente con la tentativa). La segunda forma está en armonía con el principio de ofensividad.

5.16 – Ahora bien, en todas las hipótesis en las que el Derecho penal no se presente como el medio proporcional (adecuado y necesario) de reacción, porque lo que se pretende es una *anticipación excesiva de la tutela* (hipótesis de peligro abstracto, de doble peligro indirecto etc.), la improcedencia de la intervención penal no significa que el bien jurídico merecedor de protección quede desprovisto de toda tutela. El Derecho administrativo sancionador existe justamente para la salvaguarda subsidiaria de tales bienes.

6.1 – La *segunda e importante función* que el principio de ofensividad está destinado a cumplir (función *dogmática* o interpretativa y aplicativa de la ley penal) tiene una vocación “material” y, más allá de constituir un *límite* al *ius poenale*, implica que la exigencia de una concreta ofensa al bien jurídico (*nullum crimen sine iniuria*) vincula, también, al intérprete y al aplicador de la ley, particularmente cuando el legislador no ha cumplido la impostergable exigencia de configurar el tipo penal como una *ofensa* al

bien jurídico (es decir, cuando no ha observado el axioma *nulla lex sine iniuria*).

6.2 – El legislador, en el momento de criminalizar una conducta, *no debe* ignorar el *nulla lex sine iniuria* y el juez, teniendo en cuenta la función interpretativa que emana del principio de necesaria ofensividad, *habrá que verificar* en cada conducta concreta, no sólo si está desprovista de toda idoneidad ofensiva concreta y, en consecuencia, si queda fuera del área de lo penalmente relevante, sino, además, si el bien jurídico ha entrado en el *radio de acción* de los riesgos producidos por la conducta peligrosa.

6.3 – No todas las lesiones o puestas en peligro concreto resultan contrarias a Derecho. Para la integración de la *tipicidad penal* se hace necesario, además de la producción de un *resultado jurídico* (ofensivo), que éste sea significativamente disvalioso o desaprobado (desvalor del resultado).

6.4 – Tipicidad *penal*, en sentido *material* y *axiológico*, por tanto, significa: (a) subsunción formal de la conducta al tipo legal; (b) producción de un resultado jurídico *significativo* para el bien jurídico, es decir, intolerable; (c) que ese resultado (lesión o peligro) sea disvalioso, es decir, contrario a Derecho (= que se produzca un desvalor de resultado). Y, además, que sea *objetivamente imputable* al riesgo creado por la conducta y *subjetivamente atribuible* al autor, como “obra suya”.

6.5 – Por ello, cuando el Derecho (considerado en su conjunto) *determina u ordena* la ofensa (casos de cumplimiento de un deber legal), la *permite* (ejercicio de un derecho) o la *fomenta o favorece* (los casos de algunos deportes normativamente reglamentados, o las intervenciones médicas llevadas a cabo conforme a las reglas del arte médico, en beneficio de la salud del paciente), no se puede hablar aún de *tipicidad penal (material)*.

6.6 – A la misma conclusión se llega cuando el resultado producido es *socialmente adecuado* (principio de adecuación social) o *tolerado* (criterio de insignificancia, algunos casos de consentimiento del ofendido etc.).

6.7 – En todas estas situaciones, aunque *formalmente* se verifique el tipo legal, resulta negativo el juicio de tipicidad *penal* en sentido *material*, es decir, no se puede considerar *materialmente desvalorado* el hecho, aunque *formalmente* sea *típico*, porque no se ha producido, en concreto, un resultado contrario a Derecho (disvalioso). Y, sin el *resultado jurídico* o sin el *desvalor del resultado*, no se llega a una conclusión *positiva* de tipicidad (o si se quiere, a una antijuridicidad provisional, siempre que se admita que aquélla no representa otra cosa que el aspecto positivo de la última).

6.8 – En suma, para que una conducta sea (materialmente) típica, debe no sólo adecuarse a la literalidad del tipo legal, sino, sobre todo, ofender de forma significativa y disvaliosa el bien jurídico protegido. Ante la ausencia de la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico-penal, no se puede hablar de hecho típico (o, a lo menos, de “hecho típico ofensivo”).

6.9 – Es de aceptación generalizada la idea de que el principio de ofensividad ya encuentra consagración legal y constitucional –al menos *tácitamente*, en la medida en que constituye el medio para garantizar de manera material y efectiva el principio de legalidad del cual en su sentido material se deriva. De ahí procede recabar no sólo un mayor grado de vinculación de todos los poderes públicos (tanto *de iure condendo* como, especialmente, *de iure condito*), sino una tutela jurisdiccional más amplia (en virtud de la interpretación de toda norma de acuerdo con la Constitución y los principios que emanan de ella).

6.10 – Sin embargo, y observando que el nivel de exigencia del principio de ofensividad puede ser diferente cuando comparamos la protección *penal* con otro tipo de tutela (*civil, administrativa*), en este trabajo abogamos por la consagración legal y constitucional *explícita* del referido principio.

6.11 – Admitiéndose la “*tesis*” aquí sostenida (*No hay delito sin lesión o peligro concreto de lesión al bien jurídico-penal*) no cabe duda que el principio de ofensividad reclama el reconocimiento *explícito* como un *principio general* de todo el sistema penal, con pretensión de operatividad sea en el momento legislativo (político-criminal), sea, particularmente, en el de aplicación de la ley, como instrumento exegetico o hermenéutico que permita no sólo dotar el ilícito penal de un sentido material garantista, sino, por lo mismo, eliminar del ámbito de lo punible conductas sólo “formalmente” típicas, pero carentes de la ofensividad legitimadora de la intervención penal.

6.12 – Ello precisamente era lo que pretendía el proyecto italiano de reforma constitucional, el que, aprobado en una primera discusión en noviembre de 1997, no se ha convertido, hasta la fecha, en *ius positum*. El art. 129.1 limitaba la tutela penal a los bienes de relevancia constitucional [*“Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale”*], y el art. 129.2 contemplaba expresamente la exigencia de ofensividad concreta para el castigo de la infracción [*“Non é punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività”*].

6.13 – En el Proyecto Alternativo de Código Penal de 1966, presentado por un grupo de penalistas alemanes y suizos, se reconocía el principio de *exclusiva protección de bienes jurídicos* en el § 2.º (*“Las penas y las*

medidas de seguridad sirven para la tutela de bienes jurídicos... ”), pero fue el art. 3.1 del Borrador de Anteproyecto de Código Penal español de 1990 (“La pena presupone la lesión o la puesta en peligro de bienes jurídicos”) el que contempló con toda claridad el principio de ofensividad.

*6.14 – **Conclusión final:** la exigencia de una aplicación no formalista del Derecho penal, la protección de auténticos bienes jurídicos y asimismo la necesaria e indispensable ofensividad a los mismos para justificar la intervención penal, nos hace defender que los ordenamientos punitivos del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, consagren en forma explícita la siguiente norma jurídica: “El delito presupone la lesión o la puesta en peligro concreto de bienes jurídico-penales”.*

BIBLIOGRAFÍA

A

- ACKEL FILHO, Diomar. O princípio da insignificância no Direito penal. *Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo*. año XXII, v. 94. São Paulo : Lex, abril a julio, 1988.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*, Coimbra : Ed. Coimbra, 1991.
- . Consenso e oportunidade. *Jornadas de Direito processual penal. O novo código de processo penal*. Coimbra : Livraria Almeida, 1992.
- . Merecimiento de pena y necesidad de tutela penal como referencias de una doctrina teológico-racional del delito. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal, libro-homenaje a Claus Roxin*. Barcelona : Bosch, 1995.
- AGUADO CORREA, Teresa. *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*. Madrid : Edersa, 1999.
- AGUILERA MORALES, Marien. *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español*. Barcelona : Cedecs, 1998.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. Erosione del Diritto penale dello Stato di Diritto. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : Franco Angeli, 1998.

- _____. El Derecho penal en la intervención de la política populista. *La insostenible situación del Derecho penal*, dir. Carlos María Romeo Casabona, Granada : Comares, 2000.
- ALMAGRO NOSETE, José et alii. *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier. Bien jurídico y constitución. *Cuadernos de Política Criminal*, n. 43. Madrid : Edersa, 1991.
- _____. *Introducción a la teoría jurídica del delito*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- ALVIRA MARTIN, F. El efecto disuasor de la pena. *Estudios penales y criminológicos*, VII. Universidad de Santiago de Compostela, 1984.
- AMODIO, Ennio. Il modello accusatorio statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana. *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*. Milano : Giuffrè, 1988.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- ANGIONI, Francesco. *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*. Milano : Giuffrè, 1983.
- _____. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1994.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. 14. ed. Milano : Giuffrè, 1997.
- ANTÓN ONECA, José. *Derecho penal*. 2. ed. Madrid : Akal, 1986.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Os grandes movimentos da política criminal de nosso tempo – Aspectos. *Sistema penal para o terceiro milênio*. 2. ed. Rio de Janeiro : Revan, 1991.

- ARENAS RODRIGÁÑEZ, María Paz. *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*. Madrid : Edersa, 1992.
- ARMENTA DEU, Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*. Barcelona : PPU, 1991.
- . El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas. *Poder Judicial*. n. 41-42. Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y constitución. *Revista Penal*. año 1, n. 1. Salamanca : Praxis, 1998.
- ASÚA BATARRITA, Adela. Reivindicación o superación del programa de Beccaria. *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao : Universidad de Deusto, 1990.

B

- BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho penal. Parte general*. Bogotá : Temis, 1984.
- . La función del concepto de norma en la dogmática penal. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n. 11. Madrid, junio/1986.
- . Decriminalización y prevención. *Poder Judicial – Jornadas sobre la Justicia penal en España*. Madrid : CGPJ, 1987.
- . *Lineamientos de la teoría del delito*. 3. ed. Buenos Aires : Hammurabi, 1994.
- . *Principios de Derecho penal. Parte general*. 4. ed. Madrid : Akal, 1997.

- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma. *Estudios Penales*, I, Santiago de Compostela, 1977.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito penal. Introdução à sociologia do Direito penal*. trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro : Revan, 1982.
- . Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales*. año 10, n. 37 a 40. Buenos Aires : Depalma, 1987.
- . Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal: una discusión en la perspectiva de la Criminología crítica. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.
- . La politica criminale e il Diritto penale della costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penale. *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino : G. Giappichelli, 1998.
- BARBERO SANTOS, Marino. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XXVI, fasc. I. Madrid : Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, enero-abril/1973.
- BARTOLI, Roberto. Inoffensività del fatto e interpretazione teleologica della norma. *Cassazione Penale*. v. 38. Milano : Giuffrè, octubre/1998.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro : Revan, 1996.

- BAUMANN, Jürgen. *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*. Reimpresión, trad. Dr. Conrado A. Finzi. Buenos Aires : Depalma, 1981.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas con el comentario de Voltaire*. Madrid : Alianza, 1998.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Revisión del contenido del bien jurídico honor. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XXXVII, fasc. I. Madrid : Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, enero-abril/1984.
- . Sobre la función simbólica de la legislación penal antiterrorista española. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis. *Manual de Derecho penal. Parte general. Instrumentos y principios básicos del Derecho penal*. Barcelona : Praxis, 1994.
- BERISTAIN IPIÑA, Antonio. El delito de peligro por conducción temeraria: notas al artículo 340, bis a) n. 2. Madrid : *Revista de Derecho de la Circulación* (separata), 1970.
- BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale. Parte generale*. 11. ed. Padova : Cedam, 1982.
- BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*. Bd. I, reimp. de la 4. ed. Leipzig, 1965.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão. Causas e alternativas*. São Paulo : RT, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto y PRADO, Luiz Régis. Princípios fundamentais do Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. año IV, n. 15. São Paulo : RT, julio-septiembre/1996.

- BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T. S. *La reforma penal de 1989*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.
- BRICOLA, Franco. Prólogo al libro *El proceso despenalizador* de PERES RIERA, José Miguel. Valencia : Universidad de Valencia, 1983.
- . Considerazioni introduttive al dibattito sul tema: Il codice rocco cinquant'anni dopo. *Scritti di Diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. vol. 1, tomo II. Milano : Giuffrè, 1997.
- . Teoria generale del reato. *Scritti di Diritto penale. Dottrine generali. Teoria del reato e sistema sanzionatorio*. vol. 1, tomo I. Milano : Giuffrè, 1997.
- BROWN, Jeff. Meriti e limiti del patteggiamento. *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*. Milano : Giuffrè, 1988.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. 4. ed., tomo I. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- BUONO, Carlos Eduardo de Athayde y BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana. Reflexos no Brasil: novos institutos processuais, procedimentos e ritos abreviados, a influência anglo-saxônica*. São Paulo : RT, 1991.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de Derecho penal español. Parte general*. Barcelona : Ariel, 1984.
- . *Introducción al Derecho penal*. Bogotá : Temis, 1986.
- . *Control social y sistema penal*. Barcelona : PPU, 1987.
- . Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.
- . *La conformidad del acusado en el proceso penal*. Madrid : Ciencias Jurídicas, 1998.

- . Política criminal, principios garantistas materiales y Derecho penal de la culpa. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. año 3, n. 6. Lima : GC, 1998.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho penal*. vol. 1. Madrid : Trotta, 1997.
- BUTELER, José Antonio. Garantías y bien jurídico. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998.
- BUTRÓN BALIÑA, Pedro M. *La conformidad del acusado en el proceso penal*. Madrid : Ciencias Jurídicas, 1998.

C

- CALLEGARI, André Luís. O critério da bagatela para o crime de descaminho e o princípio da insignificância. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. n. 56. São Paulo : Publicação Oficial do IBCCrim, julio/1997.
- . A imputação objetiva no Direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 30, abril-junio/2000.
- CAMPO MORENO, Juan Carlos. Prólogo al libro *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del Derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)* de DIEGO DíEZ, Luis Alfredo de. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 2. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.
- CARBONELL MATEU, J. C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. *Derecho penal. Parte especial*. 2. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

- CARBONNIER, Jean. *Ensayos sobre las leyes*. trad. Luis Diez-Picazo. Madrid : Civitas, 1998.
- CARRARA, Francesco. *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*. 7 ed., vol. 1. Lucca : Tipografia Di G. Ganovetti, 1889.
- CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Condicionalidade sócio-cultural do Direito penal. Análise histórica, sentido e limites*. Coimbra : Separata del número especial del *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1985.
- CARVALHO, Márcia Domitila Lima de. *Fundamentação constitucional do Direito penal. Crimes econômicos. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Legalidade, culpabilidade e justiça social*. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CAVALIERE, Antonio. *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientada. Costituzione Diritto e Processo Penale*. Milano : Giuffrè, 1998.
- CELIDONIO, Celso. O princípio da insignificância. *Direito Militar*. n. 16. Florianópolis : Amajme, março-abril/1999.
- CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte general*. 5. ed., vol. 1. Madrid : Tecnos, 1996.
- . *Curso de Derecho penal español. Parte general*. 5. ed., vol. 2. Madrid : Tecnos, 1997.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995 – Algumas observações. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 13. São Paulo : RT, enero-marzo/1996.
- CERVINI, Raul. *Los procesos de decriminalización*. 2. ed. Montevideo : Universidad, 1993.
- . *Os processos de descriminalização*, tradução de la 2. edición española. São Paulo : RT, 1995.

- CERVINI, Raul; OLIVEIRA, William Terra de. y GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais*. São Paulo : RT, 1998.
- CHABAS, François. La notion de contravention. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*. n. 1. Paris : Sirey, enero-marzo/1969.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. México-DF : Fondo de Cultura Económica, 1984.
- . *Los procesos de decriminalización*. 2. ed. Montevideo : Universidad, 1991.
- . *La industria del control del delito*. Buenos Aires : Del Puerto, 1993.
- CID MOLINÉ, José. Garantías y sanciones. (Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*. n. 140. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, mayo-agosto/1996.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal. Parte general*. 4. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.
- CORNEJO, Abel. *Teoría de la insignificancia*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1997.
- COSTA, José Francisco de Faria. O Direito penal econômico e as causas implícitas de exclusão da ilicitude. *Direito penal econômico – Ciclo de estudos de Direito penal econômico*. 1. ed. Coimbra : Centro de Estudos Judiciários, 1985.
- . *O perigo em Direito penal*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1992.
- COVINO, Carmine. *“Patteggiamento” e giudizio abbreviato*. Torino : Giappichelli, 1995.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. *El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte general, nociones introductorias. Teoría del delito* I. 2. ed. Madrid : Civitas, 1996.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto : Editora da Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CUNHA, Paulo Ferreira. *A constituição do crime. Da substancial constitucionalidade do Direito penal*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1998.

D

DALEY, Richard M. *Il plea bargaining: uno strumento di giustizia senza dibattito. Il processo penale negli Stati Uniti D'America*. Milano : Giuffrè, 1988.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz M. Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 6. Madrid : Universidad de Madrid, 1996.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto J. *Tutela penal de la propiedad y delitos de apropiación. El dinero como objeto material de los delitos de hurto y apropiación indebida*. 1. ed. Barcelona : PPU, 1994.

DE LA OLIVA SANTOS, Andres et alii. *Derecho procesal penal*. 2. ed. Madrid : Centro de Estudios Ramón Areces, 1995.

———. Prólogo al libro *El principio de consenso. La conformidad en el proceso penal español* de AGUILERA MORALES, Marien. Barcelona : Cedecs, 1998.

DELGADO BARRIO, Javier. El principio de oportunidad en el proceso penal (aplicación de la doctrina de los conceptos jurídicos

- indeterminados). *Actualidad penal*. n. 15. Madrid : La Ley-Actualidad, 15.04.1990.
- DELITALA, Giacomo. Diritto penale. *Enciclopedia del Diritto*. vol. 12. Milano : Giuffrè, 1964.
- DELMAS-MARTY, Mireile. *Modelos actuales de política criminal*. Madrid : Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1996.
- . *Procedure penali d'Europa*. Padova : Cedam, 1998.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. As tendências recentes da política criminal e o novo Código Penal português de 1982. *Revista de Direito Penal e criminologia*. Rio de Janeiro : Forense, 1982. vol. 34.
- . Direito penal e Estado-de-direito material. *Revista de Direito Penal*. v. 31. Rio de Janeiro : Forense, 1982.
- . Oportunidade e sentido da revisão do código penal português. *Jornadas de Direito Criminal. Revisão do Código Penal*. v. 1. Lisboa : Centro de Estudos Judiciários, 1996.
- . *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999.
- DIAS, Jorge de Figueiredo y ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1992.
- DÍAZ, Elías. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Madrid : Edersa, 1998.
- DIEGO DÍEZ, Luis Alfredo de. *Justicia criminal consensuada. (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal)*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Exigencias sociales y política criminal. *Claves de razón práctica*. n. 85. Madrid : Promotora General de Revistas, septiembre 1998.

———. La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho penal garantista. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998.

DIOTALLEVI, Giovanni. L'irrelevanza penale del fatto nelle prospettive di riforma del sistema penale: un grande avvenire dietro le spalle?. *Cassazione Penale*. vol. 38. Milano : Giuffrè, ottobre/1998.

DOLCINI, Emilio. Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione. *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci y E. Dolcini. Milano : Giuffrè, 1985.

———. Il reato come offesa a un bene giuridico : un dogma al servizio della politica criminale. *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino : G. Giappichelli, 1998.

DOLCINI, Emilio y MARINUCCI, Giorgio. Costituzione e politica dei bene giuridici. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, 1994.

DONINI, Massimo. *Teoria del reato. Una introduzione*. Padova : Cedam, 1996.

DOVAL PAIS, Antonio. *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*. Pamplona : Aranzadi, 1996.

DUARTE José. *Comentários à lei das contravenções penais*. Rio de Janeiro : Forense, 1944.

E

ESCRIVA GREGORI, José María. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1976.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. año III, n. 6. Lima : GC, 1998.

ESER, Albin y BURKHARDT, Björn. *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. trad. Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá. Madrid : Colex, 1995.

F

FANCHIOTTI, Vittorio. Spunti per un dibattito sul plea bargaining. *Il processo penale negli Stati Uniti D'America*. Milano : Giuffrè, 1988.

FARRÉ TREPAT, Elena. *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*. Barcelona : Librería Bosch, 1986.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995*. Madrid : Colex, 1997.

FELICE, Paolo de. Un codice penale da riformare? Brevi considerazioni in tema di offensività del reato e di esercizio del potere discrezionale del giudice. *Problemi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*. Milano : Giuffrè, 1982.

FERNANDES, Antonio Scarance. Princípios e garantias processuais penais em 10 anos de Constituição Federal. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo : Atlas, 1999.

FERNANDES ENTRALGO, Jesús. Los principios procesales y procedimentales de la Ley Orgánica 7/1988. *La reforma del proceso penal*. Madrid : Tecnos, 1990.

FERNÁNDEZ, Alberto A. Comentario a la monografía: El principio de la insignificancia o de bagatela. ¿Una solución de base legal o de

justicia abstracta? de Roberto E. Espinka. *Doctrina Penal*. año 10, n. 37 a 40. Buenos Aires : Depalma, 1987.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. Bien jurídico y sistema del delito. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-HOC, 1998.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio. *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política*. Madrid : Dykinson, 1997.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Maria Dolores. Los límites del ius puniendi. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XLVII, fasc. III. Madrid : Ministerio de justicia, septiembre-diciembre/1994.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Prólogo de Norberto Bobbio. Madrid : Trotta, 1987.

———. Quattro proposte di riforma delle pene. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : FrancoAngeli, 1998.

———. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid : Trotta, 1999.

———. El derecho como sistema de garantías. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Prólogo de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid : Trotta, 1999.

FERRI, Enrico. *La sociologie criminelle*. Paris : Rousseau, 1893.

FEUERBACH, Anselm V. *Tratado de Derecho penal*. trad. de Eugenio R. Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires : Hammurabi, 1989.

FIANDACA, Giovanni. Il “bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, 1982.

———. La tipizzazione del pericolo. *Dei delitti e delle pene*. año II, n. 1, enero-abril/1984.

FIANDACA, Giovanni y MUSCO, Enzo. *Diritto penale. Parte generale*. 3. ed. Bologna : Zanichelli, 1995.

- FIORE, Carlo. Principio di tipicità e “concezione realistica del reato”. *Problemi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*. Milano : Giuffrè, 1982.
- . Il principio di offensività. *L'indice penale*. año XXVIII, n. 2. Padova : Cedam, mayo-agosto/1994.
- . *Diritto penale. Parte generale. Introduzione allo studio del Diritto penale la legge penale – Il reato*. Torino : Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1995.
- FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. *Crimes de empreendimento e tentativa*. Coimbra : Almedina, 1986.
- FORTUNA, E.; DRAGONE S.; FASSONE E.; GIUSTOZZI R. y PIGNATELLI A. *Manuale pratico del nuovo processo penale*. 4. ed. Padova : Cedam, 1995.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar*. Madrid : Siglo Veintiuno de España, 1998.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos. Notas sobre a Lei 8.072/90*. 3. ed. São Paulo : RT, 1994.
- . Do princípio da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. año VI, fasc. 2. Coimbra : Ed. Coimbra, abril-junio, 1996.
- FRANCO, Alberto Silva et alii. *Leis especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed., vol. 2. São Paulo : RT, 1997.

G

- GALGANO, Francesco. *La tutela civilista. Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : Franco Angeli, 1998.
- GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona : Bosch, 1959.
- . *La struttura del concetto di illecito penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, 1982.
- GALLO, Marcello. Dolo – Diritto penale. *Enciclopedia del Diritto*. vol. 13. Milano : Giuffrè, 1964.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J. et alii. *Código penal. Interpretación jurisprudencial y legislación complementaria*. 1. ed. Barcelona : Bosch, 1999.
- GARCÍA ALBERO, Ramón. Comentarios al art. 195. *Comentarios al nuevo código penal*. dir. Quintero Olivares. Madrid : Aranzadi, 1996.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Fundamentos y aplicación de penas y medidas de seguridad en el Código Penal de 1995*. Madrid : Aranzadi, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Madrid : Civitas, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Problemas actuales de la criminología*. Madrid : Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1984.
- . *Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*. Madrid : Espasa, 1988.
- . *Derecho penal: introducción*. Madrid : Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1995.

- . *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*. 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.
- . Directrices político-criminales del Código Penal Español: un análisis crítico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. año V, n. 19. São Paulo : RT, julio-septiembre/1997.
- . *Tratado de criminología*. 2. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- . *Estudios penales*. Barcelona : Bosch, 1984.
- GARCÍA RIVAS, Nicolás. *La rebelión militar en Derecho penal*. Castilla-La Mancha : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1990.
- . *El poder punitivo en el Estado democrático*. Cuenca : Ed. de la Universidad de Castilla-La Mancha, 1996.
- GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Teoría de la pena*. Madrid : Tecnos, 1987.
- . *Temas de Derecho penal*. Madrid : Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, 1992.
- GARCÍA VITOR, Enrique. Planteos penales. Principio de insignificancia, delito experimental y agente provocador, ¿Legislación de la droga? Responsabilidad de las personas jurídicas, obligatoriedad de la jurisprudencia plenaria. *Colección Jurídica y Social*, n. 14.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho penal*. 2. ed. Madrid : Civitas, 1981.
- . *¿Tiene futuro la dogmática jurídico-penal?*. Bogotá : Temis, 1983.
- . *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*. Madrid : Tecnos, 1999.
- . *Prólogo a la segunda edición del Código Penal*. Madrid : Tecnos, 1999.
- . *Prólogo a la quinta edición del Código Penal*. Madrid : Tecnos, 1999.

- _____. *Ensayos penales*. Madrid : Tecnos, 1999.
- GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor y CORTES DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho procesal. Proceso penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1993.
- GIOFFRÈ, Ilaria. Ritrattazione e simulazione di reato: spazi applicativi per il principio di offensività. *Cassazione Penale*. Milano : Giuffrè, marzo/1997.
- GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano : Giuffrè, 1990.
- GOMES, Luiz Flávio. Política penal espanhola nos últimos anos. *Revista dos Tribunais*. vol. 684, outubro/1992.
- _____. Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 0. São Paulo : RT, dezembro/1992.
- _____. Direito penal mínimo: lineamentos das suas metas. *Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária*. n. 5, vol. 1. Brasília : Imprensa Nacional do Ministério da Justiça, enero-junio/1995.
- _____. *Direito de apelar em liberdade*. 2. ed. São Paulo : RT, 1996.
- _____. *A dimensão da magistratura no Estado constitucional e democrático de Direito*. São Paulo : RT, 1997.
- _____. *Suspensão condicional do processo penal e a representação nas lesões corporais, sob a perspectiva do novo modelo consensual de justiça criminal*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.
- _____. *Estudos de Direito penal e processo penal*. São Paulo : RT, 1998.
- _____. Constitucionalidade dos poderes inquisitivos do juiz. STF abre caminho para o juiz “político”. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo : Atlas, 1999.

- . *Penas e medidas alternativas à prisão*. São Paulo : RT, 1999.
- . Princípio da legalidade (ou da reserva legal) e os limites das “medidas Provisórias” em Direito penal. *Coleção Temas atuais de Direito criminal*. vol. 2. São Paulo : RT, 1999.
- . *Erro de tipo e erro de proibição*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- GOMES, Luiz Flávio y CERVINI, Raul. *Crime organizado. Enfoque criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio y OLIVEIRA, William Terra de. *Lei das armas de fogo*. São Paulo : RT, 1998.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel. Sobre la teoría del “bien jurídico”. (Aproximación al ilícito penal). *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n. 69. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis. *El proceso penal alemán, introducción y normas básicas*. Barcelona : Bosch, 1985.
- . *Constitución y proceso penal. Análisis de las reformas procesales más importantes introducidas por el nuevo Código Penal de 1995*. Madrid : Tecnos, 1996.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes*. Barcelona : Bosch, 1998.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal. *Poder Judicial*. n. 28. Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1986.
- . *Comentarios al artículo 62. Comentarios al Código Penal de 1995*. vol. 1. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

- GONZÁLEZ RUS. Seminario sobre bien jurídico y reforma de la parte especial (Siracusa, 15-18 octubre 1981). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.
- . *Los intereses económicos de los consumidores*. Madrid : Instituto Nacional del Consumo, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986.
- GÖSSEL, Karl-Heinz. Principios fundamentales de las formas procesales descriminalizadoras, incluidas las del procedimiento por contravenciones al orden administrativo y las del proceso por orden penal, en el proceso penal alemán. *Revista Justicia*. n. 4. Madrid, 1985.
- GRANADOS CALERO, Francisco. Los valores constitucionales en el nuevo Código Penal. *Poder Judicial*. n. 28. Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1986.
- GRASSO, Giovanni. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. fasc. 1. Milano : Giuffrè, enero-marzo/1986.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina; Argentina, Brasil e código modelo para Ibero-América. *Revista de Processo*. n. 58. São Paulo : RT, abril-julio/1990.
- . *Novas tendências do Direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Juizados especiais criminais. Comentários à Lei 9.099 de 26.09.1995*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.
- GRISPIGNI, Filippo. *Diritto Penale Italiano. La struttura della fattispecie legale oggettiva*. 2. ed., vol. 2. Milano : Giuffrè, 1947.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis. La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico. *Revista de*

Derecho Penal y Criminología. n. 5. Madrid : Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1995.

H

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1984.

———. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra costituzione e diritto naturale. *Dei delitti e delle pene*. año II, n. 1. Bari : Scientifiche Italiane, enero-abril/1984.

———. Spunti per una discussione sul tema “bene giuridico e riforma della parte speciale” *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Napoli : Jovene, 1985.

———. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales*, año 12, n. 45 a 48, Buenos Aires : Depalma, 1989.

———. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*, n. 1, Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.

———. Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal*, año I, n. 1, Huelva : Praxis, 1998.

———. Questioni giuridiche relative alla “responsabilità penale per il prodotto. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : FrancoAngeli, 1998.

———. *Theorie und Soziologie des Verbrechens*. Frankfurt : Athenäum Fischer Taschenbuch Verlag, 1973.

- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al Derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1989.
- . *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1995.
- . Perspectivas del Derecho penal futuro. *Revista Penal*, año I, n. 1, Huelva : Praxis, 1998.
- HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1996.
- HENNAU, Christiane y VERHAEGEN, Jacques. *Droit pénal général*. 2. ed. Bruxelles : Bruylant, 1995.
- HERRERO HERRERO, César. *Introducción al nuevo código penal (parte general y especial)*. Madrid : Dykinson, 1996.
- HERZOG, Félix. Límites del Derecho penal para controlar los riesgos sociales (Una perspectiva crítica ante el Derecho penal de peligro). *Poder Judicial*, n. 32, Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- . Algunos riesgos del Derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, n. 4, Salamanca : Praxis, 1999.
- . Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. *La insostenible situación del Derecho penal*, AA.VV., dir. Carlos Maria Romeo Casabona, Granada : Comares, 2000.
- HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal, obras completas*. tomo I. Buenos Aires : Rubinzal-Culzoni, 1999.
- HORMAZABAL MALAREE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)* 1. ed. Barcelona, 1991.
- HUERTA TOCILDO, Susana. *Sobre el contenido de la antijuridicidad*. Madrid : Tecnos, 1984.

- HULSMAN, Louk y BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*. Barcelona : Ariel, 1984.
- HUNGRIA, Nelson y FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao código penal*. 6. ed. vol. 1, tomo II. Rio de Janeiro : Forense, 1983.

I

- IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 3. ed. Milano : Giuffrè, 1989.

J

- JAKOBS, Günther. *Derecho penal – Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1995.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, traducción y adiciones de derecho español de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde. 3. ed., vol. 1 y 2. Barcelona : Bosch, 1981.
- JESUS, Damásio E. de. Crimes hediondos organizados e de especial gravidade. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 33, São Paulo : Publicação Oficial do IBCCrim, septiembre/1995.
- . *Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- . *Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1998.
- . *Direito Penal. Parte Geral*. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 1999. vol. 1.

_____. *Natureza jurídica dos crimes contra as relações de consumo*. São Paulo : Paloma, 1999.

_____. *Imputação objetiva*. São Paulo : Saraiva, 2000.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José. Comentario al artículo 16. *Comentarios al Código Penal*, dir. Cobo del Rosal. tomo I. Madrid : Edersa, 1999.

JOSHI JUBERT, Ujala. *Los delitos de tráfico de drogas. I – Un estudio analítico del art. 368 CP (Grupos de casos y tratamientos jurisprudenciales)*. Barcelona : Bosch, 1999.

JUAN CABALLERO, Ricardo. *El delito imposible: la tentativa inidónea en el Derecho penal argentino*. Buenos Aires : Universidad, 1983.

K

KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal económico. *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid : Boletín Oficial del Estado, 1995.

L

LAGHI, Licia. Comentarios a la S. de 13.11.97 de la Corte de Cassazione, Sez. I penale. *L'indice Penale*. n. 1, Padova : Cedam, 1999.

LANDECHO VELASCO, Carlos María y MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción. *Derecho penal español. Parte general*. 5. ed. Madrid : Tecnos, 1996.

- LANZAROTE MARTÍNEZ, Pablo A. La oportunidad reglada como técnica de persecución punitiva. *Revista del Ministerio Fiscal*. n. 3. Madrid : Ministerio de Justicia, enero-junio/1996.
- LAURENZO COPELLO, Patricia. *El resultado en Derecho Penal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1992.
- LAZERGES, Christine. *La politique criminelle*. Paris : Presses Universitaires de France, 1987.
- LEMGRUBER, Julita. *Alternativas à pena de prisão. Conferência promovida pela Secretaria de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em outubro de 1995*. vol. 2. Rio de Janeiro : Imprensa Oficial do Estado de Rio de Janeiro, 1996.
- LIMA, Agnaldo Siqueira. O princípio da insignificância. *Direito & Justiça*. Brasília : *Jornal Correio Braziliense*, 11.09.1995.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. *Princípio da insignificância no Direito penal. Análise à luz da Lei 9.099/95 – Juizados Especiais Criminais e da jurisprudência atual*. São Paulo : RT, 1997.
- LÜDERSEN, Klaus. La prospettiva della riparazione del danno. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : Franco Angeli, 1998.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre : Fabris, 1991.
- . O princípio da insignificância e o pretório excelso. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – Jurisprudência*. año VI, n. 63. São Paulo : Publicação Oficial do IBCCrim, febrero/1998.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. Causas de atipicidad y causas de justificación. *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona : Aranzadi, 1995.

- . *Curso de Derecho penal. Parte General*. vol. 1. Madrid : Universitas, 1996.
- . Principio de igualdad, Derecho penal de hecho y prevención especial: equilibrio y tensiones. *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*. Bilbao : Universidad de Deusto, 1990.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel y MIR PUIG, Santiago. *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona : Aranzadi, 1995.

M

- MACCHIA, Alberto. *Il patteggiamento*. Milano : Giuffrè, 1992.
- MACHADO, Luiz Alberto. *Direito criminal. Parte geral*. São Paulo : RT, 1987.
- MADRID CONESA, Fulgencio. *La legalidad del delito*. Valencia : Soler, 1983.
- MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal: el Derecho penal, el delito*. trad. da 5. ed. do original italiano, por José J. Ortega Torres. 2. ed., vol. 1. Bogotá : Themis, 1985.
- MAIER, Julio B. J. Política criminal y Derecho procesal penal. *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales*. año I, n. 1 a 4. Buenos Aires : Depalma, 1978.
- MAIWALD, Manfred. Criteri-guida per una teoria generale del reato. *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino : G. Giappichelli, 1998.
- MANNA, Adelmo. *Beni della personalità e limiti della protezione penale*. Padova : Cedam, 1989.

- MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1994.
- MANTOVANI, Ferrando. Il problema dell'offensività del reato nelle prospettive di riforma del codice penale. *Problemi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*. Milano : Giuffrè, 1982.
- . *Diritto penale. Parte generale*. 3. ed. Padova : Cedam, 1992.
- . Il principio de offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, abril-junio/1997.
- . Il principio de offensività tra dogmatica e politica criminale. *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino : G. Giappichelli, 1998.
- MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho penal*. trad. Santís Melendo. tomo I. Buenos Aires : Ediar, 1948.
- . *Tratado de Derecho penal*. trad. Santís Melendo. tomo II. Buenos Aires : Ediar, 1948.
- MAQUEDA ABREU, María Luisa. La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992. *Actualidad penal*. Madrid : La Ley-Actualidad, 1994.
- . Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas. *La Ley*. tomo V. Madrid, 1998.
- MAQUIAVELO, Nicolás. *El príncipe*. trad. de Eli Leonetti Jungl. Madrid : Austral, 1999.
- MARCHENA GOMEZ, Manuel. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid : Marcial Pons, 1992.

- MARINUCCI, Giorgio y DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto penale. Le fonti. Il reato: nozione, struttura e sistematica*. 2. ed., vol. 1. Milano : Giuffrè, 1999.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid : Edersa, 1992.
- MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos. *El delito fiscal*. Madrid : Montecorvo, 1982.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. El principio de intervención penal mínima. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XL, fasc. I. Madrid : Ministerio de Justicia, enero-abril/1987.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada : Comares, 1997.
- MAURACH, Reinhart y ZIPF, Heinz. *Derecho penal. Parte general*. vol. 1. Buenos Aires : Astrea, 1994.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- MAZZACUVA, Nicola. *Il disvalore di evento nell'illecito penale*. Milano : Giuffrè, 1983.
- . *Diritto penale e costituzione. Introduzione al sistema penale*. vol. 1. Torino : Giappichelli, 1997.
- . Le “definizioni” del reato e la struttura dell'illecito penale. *Introduzione al sistema penale*. vol. 1. Torino : Giappichelli, 1997.
- MELOSSI, Darío. Ideología y Derecho penal: ¿el garantismo jurídico y la Criminología crítica como nuevas ideologías subalternas?. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.
- MENDES, Carlos Alberto Pires. O princípio da insignificância e a ínfima quantidade de entorpecente. *Justiça & Poder*. año I, n. 3. São Paulo : Século Dourado, diciembre, 1998.

- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid : Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993.
- MEZGER, Edmund. *Derecho penal*. Tijuana : Cardenas, 1985.
- MILITELLO, Vincenzo y ORLANDI, Renzo. *Guida al sistema penale degli anni novanta. Normativa, giurisprudenza, dottrina*. Padova : Cedam, 1998.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito penal. Parte geral*. 8. ed., vol. 1. São Paulo : Atlas, 1994.
- MIR PUIG, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. Barcelona : Bosch, 1979.
- . *Introducción a las bases del Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1982.
- . Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del ius puniendi. *Estudios Penales y Criminológicos XIV*. Santiago de Compostela : Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- . *Derecho penal, parte general*. 5. ed. Barcelona : Tecfoto, 1998.
- . El sistema del Derecho penal en la Europa actual. *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Livro-Homenaje a Claus Roxin, ed. Silva Sánchez. Barcelona : Bosch, 1995.
- MOCCIA, Sergio. *Il Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*. Napoli : Scientifiche Italiane, 1992.
- . Aspecti involutivi del sistema penale. *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino : Giappichelli, 1998.
- MONTANO, Pedro J. La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el Derecho penal. *Actualidad penal*. n. 19/5. Madrid : La Ley-Actualidad, mayo/1997.

- MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1997.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L. *Comentarios al código penal de 1995*. AA.VV., coord. Vives Antón. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1992.
- MORALES PRATS, Fermin. Tutela di interessi emergenti e “nuove” tecniche di tutela per i “vecchi” interessi: i reati contro la persona. *L'indice penale*. año II, n. 1. Padova : Cedam, enero-abril/1999.
- . Comentarios al art. 345 CP. *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*. dir. Quintero Olivares, coord. Valle Muñiz. Madrid : Aranzadi, 1996.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo. Notas sobre la función del Derecho penal en el Estado democrático y de Derecho. *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- . *Curso de Derecho penal español. Parte general*. Madrid : Marcial Pons, 1996.
- MORSELLI, Elio. In tema di concenzone realistica. *Probelmi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*. Milano : Giuffrè, 1982.
- . Disvalore dell'evento e disvalore della condotta nella teoria del reato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, 1991.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente, *La insostenible situación del Derecho penal*. dir. C. M. Romeo Casabona. Granada : Comares, 2000.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1975.

———. *Teoría general del delito*. Bogotá : Temis, 1984.

———. *Derecho penal y control social*. Jerez : Fundación Universitaria de Jerez, 1985.

———. *Derecho penal: parte especial*. 11. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

MUÑOZ CONDE, F.; BERDUGO, I. y GARCÍA ARÁN, M. *La reforma penal de 1989*. Madrid : Tecnos, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal, parte general*. 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1998.

MUÑOZ G., Jesús Antonio. *Derecho y impunidad. Pena y Estado*. n. 1. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.

N

NÁQUIRA RIVEROS, Jaime. *Derecho penal. Teoría del delito*. vol. 1. Santiago : McGraw-Hill, 1998.

NATSCHERADETZ, Karl Prelhaz. *O Direito penal sexual: conteúdo e limites*. Coimbra : Livraria Almedina, 1985.

NAUCKE, Wolfgang. *I confini del Diritto penale. Abbozzo del problema in sette tesi. Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : Franco Angeli, 1998.

———. *La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. La*

insostenible situación del Derecho penal, dir. C.M. Romeo Casabona, Granada : Comares, 2000.

NEPPI MODONA, Guido. La riforma della parte generale del codice penale, il principio di lesività ed i rapporti con la parte speciale. *Probelmi generali di Diritto penale. Contributo alla riforma*. Milano : Giuffrè, 1982.

———. Crisi della certezza della pena e riforma del sistema sanzionatorio. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : FrancoAngeli, 1998.

O

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio. *Sobre el concepto del Derecho penal*. Madrid : Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, 1981.

———. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XLIII, fasc. I, enero-abril/1990.

OTTO, Harro. El abuso de información privilegiada como delito de peligro abstracto. *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid : *Boletín Oficial del Estado*, 1995.

P

PADOVANI, Tullio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *Dei delitti e delle pene*. año II, n. 1. Bari: Scientifiche Italiane, enero-abril/1984.

- . *Diritto penale*. 3. ed. Milano : Giuffrè, 1995.
- PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito penal: um estudo comparado*. trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : Fabris, 1989.
- . I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, abril-junio/1992.
- . Direito penal e sociedade tecnológica: princípios em crise e reformas esperadas. *Fascículos de Ciências Penais*. año 6, n. 1, v. 6. Porto Alegre : Fabris, enero-febrero-marzo/1993.
- . Meriti e limiti dell'offensività come principio di ricodificazione. *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*. Milano : Giuffrè, 1996.
- . Estado constitucional de Derecho y Derecho penal. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998.
- . Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali. *Costituzione Diritto e Processo Penale*. Milano : Giuffrè, 1998.
- . Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel Diritto penale degli anni novanta. *Il Diritto penale alla svolta di fine millennio*. Torino : Giappichelli, 1998.
- . Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*. n. 4. Salamanca : Praxis, 1999.
- PALIERO, Carlo Enrico. *Minima non curat praetor. Ipertropia del Diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*. Padova : Cedam, 1985.

- . *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo. Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : Franco Angeli, 1998.
- PAVARINI, Massimo. *Los confines de la cárcel*. Montevideo : Carlos Álvarez Editor, 1995.
- PENNA, João Bosco. Perigo de vida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. año V, n. 19. São Paulo : RT, julio-septiembre/1997.
- PENSO, Girolamo. *Il pericolo nella teoria generale del reato*. Milano : Giuffrè, 1976.
- PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio pragmático de la parte general*. Lima : Grijley, 1994.
- PERALTA, Ramón. *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid : Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994.
- PERES RIERA, José Miguel. *El proceso despenalizador*. Valencia : Universidad de Valencia, 1983.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Sociedad de riesgos y reforma penal. *Poder Judicial*. n. 43-44. Madrid : Consejo General del Poder Judicial, 1996.
- PETRINI, Davide. *Reati di pericolo e tutela della salute dei consumatori*. Milano : Giuffrè, 1990.
- PETTOELLO MANTOVANI, Luciano. *Il valore problematico della scienza penalistica*. 2. ed. Milano : Giuffrè, 1983.
- PIEDRABUENA LEÓN, Eduardo. El delito de tenencia ilícita de armas de fuego en el nuevo código penal. *Actualidad penal*. n. 22. Madrid : La Ley-Actualidad, 26 de mayo – 1.º de junio de 1997.

- PIERANGELLI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo : RT, 1989.
- PIMENTA, José da Costa. *Introdução ao processo penal*. Coimbra : Livraria Almedina, 1989.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo : RT, 1983.
- PISANI, Mario. *"Italian style": figure e forme del nuovo processo penale*. Padova : Cedam, 1998.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *El bien jurídico en el Derecho penal*. Sevilla : Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.
- . *Derecho penal. Parte general, fundamentos científicos del Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1996.
- . *Comentario al artículo 16. Comentarios al Código Penal*. dir. Cobo del Rosal. Madrid : Edersa, 1999. tomo I.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo. Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos. *Índice General de Cuadernos de Política Criminal*. n. 38, mayo-agosto/1989.
- . *Comentarios al art. 195. Curso de Derecho penal español-PE-I*, dir. Cobo del Rosal, Madrid; Marcial Pons, 1996.
- POVEDA PERDOMO, Alberto. Fundamentación material del injusto. Entre el Derecho penal protector de bienes jurídicos y el Derecho penal defensor de la vigencia de la norma. *Actualidad penal*. n. 21. Madrid : Asociación de Prensa Profesional, 25 al 31 de mayo de 1998.
- PRADEL, Jean. Les systèmes comparés de justice criinelle: de la diversité au rapprochement. *Nouvelles études pénales. Les systèmes comparés de justice pénale: de la diversité au rapprochement. Comparative*

criminal justice Systems: from diversity to rapprochement, n. 17, 1998.

IPRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. São Paulo : RT, 1997.

———. *Crimes contra o ambiente*. 1. ed. São Paulo : RT, 1998.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *Ley, principios, derechos*. Madrid : Dykinson, 1998.

PRITTWITZ, Cornelius. El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio?. *La insostenible situación del Derecho penal*. dir. C.M. Romeo Casabona. Granada : Comares, 2000.

PUENTE SEGURA, Leopoldo. *La conformidad en el proceso penal español*. Madrid : Colex.

Q

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. A autoridade policial e o princípio da insignificância. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. ano 2, n. 25. São Paulo : Publicação Oficial do IBCCrim, enero/1995.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do Direito penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Delitos contra intereses generales o derechos sociales. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n. 6. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 1983.

- . La reparación del perjuicio y la renuncia a la pena. *Estudios penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela : Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- . (col. Fermín Morales Prats y Miguel Prats Canut). *Curso de Derecho penal. Parte general (acorde con el nuevo código penal de 1995)*. Barcelona : Cedecs, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo et alii. *Comentarios al nuevo código penal*. Pamplona : Aranzadi, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MUÑOZ CONDE, F. *La reforma penal de 1983*. Barcelona : Destino, 1983.

R

- RADBRUCH, Gustavo. *Introduzione alla scienza del diritto*. Torino : Giappichelli, 1961.
- RAPPORT SUR LA DÉCRIMINALISATION (Conseil de L'Europe – Comité européen pour les problèmes criminels). Strasbourg, 1980.
- REALE, Miguel. *Filosofia do ireito*. 7. ed., vol. 2. São Paulo : Saraiva, 1975.
- REALE JUNIOR, Miguel. *Teoria do delito*. São Paulo : RT, 1998.
- RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, Manuel de. Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal de España. *BIMJ*. n. 1778, 15.07.1996.
- RIVACOBÁ y RIVACOBÁ, Manuel de y ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho penal*, trad. Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires : Hammurabi, 1989.

- RIZ, Roland. Pericolo, situazione di pericolo, condotta pericolosa. *L'indice Penale*. año XVII. Padova : Cedam, primero semestre, 1983.
- ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Juizado Especial Criminal: experiência que deu certo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 12. São Paulo : RT, octubre-diciembre/1995.
- ROBLEDO VILLAR, A.; DE LAMO RUBIO, J. y FERNÁNDEZ GARCÍA, E. M. *Delitos y faltas. Garantías penales y aplicación de la ley penal*. Barcelona : Bosch, 1999.
- ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino : Fratelli Bocca, 1913.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Os processos sumário e sumaríssimo ou a celeridade e o consenso no Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. año VI, fasc. 4. Coimbra : Ed. Coimbra, octubre-diciembre/1996.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *El consenso en el proceso penal español*. Barcelona : Bosch, 1997.
- . *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*. Salamanca : Universidad de Salamanca, 1997.
- RODRÍGUEZ MONTAÑES, Teresa. *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*. Madrid : Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho penal. Parte general*. Madrid : Civitas, 1978.
- . Comentarios a los artículos 16, 17, 18 y 195. *Comentarios al Código Penal*, dir. Rodríguez Mourullo, coord. Jorge Barreiro. Madrid : Civitas, 1997.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Compendio de Derecho penal. Parte general*. Madrid : Trivium, 1988.

- ROLDÁN BARBERO, Horacio. *Adecuación social y teoría jurídica del delito. Sobre el contenido y los límites de una interpretación sociológica restrictiva de los tipos penales*. Córdoba : Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1992.
- ROMANO, Mario. “Meritevolezza di pena”, “bisogno di pena” e teoria del reato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano : Giuffrè, 1992.
- . *Commentario sistematico del codice penale*. vol. 1. Milano : Giuffrè, 1995.
- ROMEO CASABONA, Carlos María. *El médico y el Derecho penal I. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*. Barcelona : Bosch, 1981.
- RÖHNELT, Ladislau. Aplicação da Lei n. 6.416. *Ajuri.*, n. 6. Porto Alegre, 1977.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo : Nova Cultural, 1999.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del Derecho penal*. Barcelona : Bosch, 1972.
- . Franz von Liszt y la concepción político-criminal del proyecto alternativo. *Problemas básicos del Derecho penal*. trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid : Reus, 1976.
- . *Problemas básicos del Derecho penal*. trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid : Reus, 1976.
- . Sentido y límites de la pena estatal. *Problemas básicos del Derecho penal*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid : Reus, 1976.
- . *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona : PPU, 1992.

———. *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. vol. 1. Madrid : Civitas, 1997.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid : Tecnos, 1991.

RUSCONI, Maximiliano A. *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho penal moderno*. Buenos Aires : Ad-hoc, 1997.

S

SABORIT, David FelipeI. *Erro iuris: el conocimiento de la antijuridicidad y el art. 14 del código penal*. Barcelona : Atelier, 2000.

SÁINZ CANTERO, José A. *Lecciones de Derecho penal. Parte general*. vol. 2. Barcelona : Bosch, 1985.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. Isabel. *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid : Universidad de Valladolid, 1999.

SANGUINÉ, Odone. Observações sobre o princípio da insignificância. *Fascículos de Ciências Penais*. año III, v. 3, n. 1, enero-febrero-marzo/1990.

SCHEERER, Sebastian. Prólogo a QUEIROZ, Paulo de Souza: A tardia modernidade penal entre a hipertrofia e minimização (do sistema penal). *Do caráter subsidiário do Direito penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernard. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*. Madrid : Tecnos, 1991.

- . La política criminal y el sistema de Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XLIV, fasc. III. Madrid : Ministerio de Justicia, septiembre-diciembre/1991.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso. *El costo del delito y sus víctimas en España*. Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1986.
- . *Derecho penal: Parte especial*. Madrid : Dykinson, 1999.
- SERRANO MAÍLLO, Alfonso. *La compensación en Derecho penal*. Madrid : Dykinson, 1996.
- SGUBBI, Filippo. Tutela di interessi difusi. *La Questione Criminale*, 1975.
- . *Il reato come rischio sociale. Ricerche sulle scelte di allocazione dell'illegalità penale*. Bologna : Il Mulino, 1990.
- SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. año I, n. 2. São Paulo : RT, julio-diciembre/1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona : Bosch, 1992.
- . Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. año IV, n. 15. São Paulo : RT, julio-septiembre/1996.
- . *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires : Ábaco de Rodolfo Depalma, 1998.
- . ¿Política criminal ‘moderna’? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal español. *Actualidad Penal*. n. 23. Madrid : La Ley-Actualidad, 8 al 14 de junio/1998.

- . *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Cuadernos Civitas, 1999.
- . *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*. Barcelona : Bosch, 1997.
- SILVEIRA, Eustáquio Nunes. A teoria da insignificância no crime de descaminho. *Direito & Justiça*, Brasília : *Jornal Correio Braziliense*. año IV, n. 202, 29.05.1995.
- SILVING, Helen. *Elementos constitutivos del delito*. trad. Genaro R. Carrio. Puerto Rico : Universitaria, 1976.
- SINA, P. *Die dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut*. Basilea : Helbing & Lichtengahn, 1962.
- SINISCALCO, Marco. *Depenalizzazione e garanzia. Dall'illecito penale all'illecito amministrativo: un riesame critico alla luce del rapporto fra potere e cittadini*. Bologna : Società Editrice il Mulino, 1995.
- SOLA RECHE, Esteban. *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos Básicos*. Granada : Comares, 1996.
- SPASARI, Mario. Fato e reato nella dogmatica del codice e della costituzione. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. año XXXIV. Milano : Giuffrè, 1991.
- STEFANI, Eraldo. *La difesa attiva nel giudizio abbreviato e nel patteggiamento*. Milano : Giuffrè, 1994.
- STELLA, Federico. La teoria del bene giuridico E I C.D. fatti inofensivi conformi al tipo. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. año XVI. Milano : Giuffrè, 1973.
- STORTONI, Luigi. *La parte speciale nel sistema penale italiano. Introduzione al sistema penale*. vol. 1. Torino : Giappichelli, 1997.

- STRATENWERTH, Günter. *Derecho penal. Parte general I – El hecho punible*, trad. Gladys Romero. Madrid : Edersa, 1982.
- STUART MILL, John. *Sobre la libertad y comentarios a Tocqueville*, trad. Cristina García Cay. Madrid : Espasa-Calpe, 1991.
- SVARIATI, Elvira. Il reato di falso e il principio di offensività in una recente pronuncia della Cassazione. *Cassazione Penale*. Milano : Giuffrè, año XXXV, 1995.

T

- TAMARIT SUMALLA, José Maria. Comentarios al art. 379 CP. *Comentarios al nuevo código penal*, dir. Quintero Olivares. Madrid : Aranzadi, 1996.
- TAVARES, Juárez. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan. La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. n. 63. Madrid : Universidad Complutense de Madrid, 1981.
- . Función simbólica y objeto de protección del Derecho penal. *Pena y Estado*, n. 1, Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre/1991.
- TERRAGNI, Marco Antonio. Tenencia de estupefacientes para consumo personal. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. n. 2. Madrid : Universidad de Madrid, 1992.

- TIEDEMANN, Klaus. Die mutmaßliche Einwilligung, insbesondere bei Unterschlagung amtlicher Geleider – OLG Köln, NJW 1968, 2348. *Jus*, fasc. 3, 1970.
- . *Poder económico y delito*. Barcelona : Ariel, 1985.
- . Presente y futuro del Derecho penal económico. *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid : Boletín Oficial del Estado, 1995.
- . Exigencias fundamentales de la parte general y propuesta legislativa para un Derecho penal europeo. *Revista Penal*. n. 3. Salamanca : Praxis, 1999.
- . *Lecciones de Derecho penal económico*. Barcelona : PPU, 1993.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no Direito penal*. São Paulo : Saraiva, 1977.
- . *Princípios básicos de Direito penal*. 4. ed. São Paulo : Saraiva, 1991.
- TORIO LÓPEZ, Ángel. Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. tomo XXXV, fascículo 2 y 3. Madrid : Ministerio de Justicia, mayo-diciembre/1981.
- TORON, Alberto Zacharias. *Crimes hediondos. O mito da repressão penal*. São Paulo : RT, 1996.
- TORRÃO, Fernando. A propósito do bem jurídico protegido nos crimes sexuais. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. vol. 71. Coimbra, 1995.
- TORRES HERRERA, Maria Rosa Moreno. *Tentativa de delito y delito irreal*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- TUBENCHLAK, James. *Teoria do crime*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

U

URQUIZO OLAECHEA, José. El bien jurídico. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. año III, n. 6. Lima : GC, 1998.

V

VALENTI, Alessandro. Principi di materialità e offensività. *Introduzione al sistema penal*. vol. 1. Torino : Giappichelli, 1997.

VALLE MUÑIZ, José Manuel et alii. *Comentarios al nuevo código penal*. Pamplona : Aranzadi, 1996.

VASSALI, Giuliano. Principio di offensività. *Scritti. In memoria di Ugo Pioletti*. Milano : Giuffrè, 1982.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte general*. 3. ed. Santa Fe de Bogotá : Temis, 1997.

VIGLIETTA, Gianfranco. Spunti per una riforma del sistema penale. Dal Diritto penale dello stato-autorità al Diritto penale minimo. *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*. Milano : Franco Angeli, 1998.

VIRGOLINI, Julio E. S. El art. 31 de la ley de vinos y un caso de aplicación del principio de insignificancia en la afectación del bien jurídico. *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las ciencias penales*. año VII, n. 25 a 28. Buenos Aires : Depalma, 1984.

———. Las lesiones levísimas: un caso de atipicidad por insignificancia. *Doctrina Penal. Teoría y práctica en las Ciencias Penales*. año VIII, n. 29 a 32. Buenos Aires : Depalma, 1985.

VITALE, Gustavo L. *Principio de insignificancia y error. Sobre la base de casos*. Neuquén : Publicación de Derecho Penal de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales de la Universidad Nacional del Comahue (Argentina), 1988.

———. Estado constitucional de Derecho y Derecho penal. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998.

VIVES ANTÓN, Tomás S. Estado de Derecho y Derecho penal. *Comentarios a la legislación penal. Derecho penal y constitución*. dir. Cobo del Rosal, coord. Bajo Fernández. tomo I. Madrid : Edersa, 1982.

———. Comentarios a los artículos 15, 16, 17 y 18. *Comentarios al Código Penal de 1995*. vol. 1. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

———. *Fundamentos del sistema penal. Estudio preliminar de M. Jiménez Redondo*. Valencia : Tirant lo Blanch, 1996.

VON LISZT, Franz. *Tratado de Derecho penal*. trad. [de la 20. ed.] Jiménez de Asúa. 3. ed., tomo II. Madrid : Reus, s/d.

W

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. 11. ed. Santiago : Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal. Parte geral*. trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976.

- WOLF, Paul. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. *Pena y Estado*. n. 1. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, septiembre-diciembre, 1991.
- WÜRTENBERGER, Thomas. *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*. Milano : Giuffrè, 1965.

Z

- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoría del delito*. Buenos Aires : Ediar, 1973.
- . *Tratado de Derecho penal*. vol. 3. Buenos Aires : Ediar, 1981.
- . *Manual de Derecho penal. Parte general*. 5. ed. Buenos Aires : Ediar, 1986.
- . El funcionalismo sistémico y sus respectivas jurídico-penales. *Estudios Penales en memoria del profesor Agustín Fernández-Albor*. Santiago de Compostela : Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 1989.
- . *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Bogotá : Temis, 1990.
- . La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. *Teorías actuales en el Derecho penal*. Buenos Aires : Ad-Hoc, 1998.
- ZAGREBELSKY, Vladimiro. Contenuti e linee evolutive della giurisprudenza in tema di rapporti tra tassatività del fatto tipico e lesività. *Problemi Generali di Diritto Penale*. Milano : Giuffrè, 1982.
- ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. trad. Miguel Izquierdo Macías-Picavea. Madrid : Edersa, 1979.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de Derecho penal (parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal (Introducción*

teórico-práctica a sus problemas básicos). 3. ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 1993.